Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt

von

Hans Ulrich von Marchtaler
Justizreferendar in Stuttgart

Druck von W. Kohlhammer / Stuttgart 1932

Tag des Colloquiums: 11. Juli 1930

Referent:

Staatsrat Professor Dr. Max von Rümelin

Dekan:

Staatsminister a. D. Prof. Dr. v. Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt.

Einleitung und Verständigung.

1. Kapitel. Die Lebenswirklichkeit der Ehegemeinschaft als Gegenstand rechtlicher Normierung 1
2. Kapitel. Das Problem der Rechtsgestaltung 6

Zweiter Abschnitt.

Geschichtliche Entwicklung.

3. Kapitel. Römisches, kanonisches, altes deutsches und gemeines Recht 13
4. Kapitel. Die neuere Rechtsentwicklung 17

Dritter Abschnitt.

Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft nach dem BGB.

5. Kapitel. Das allgemeine Prinzip des § 1353 BGB. 37
6. Kapitel. Die Grenzen der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft 53
7. Kapitel. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens 57
8. Kapitel. Aus der Rechtsprechung zum § 1353 BGB. in bezug auf die Abgrenzung der Interessen der einzelnen Ehegatten gegenüber den Interessen der Ehegemeinschaft 83

Vierter Abschnitt.

Die Rechtsstellung der Ehegatten in der Ehe und die ehelichen Rechtspflichten im einzelnen.

9. Kapitel. Das Entscheidungsrecht des Ehemannes gemäß § 1354 . . 88
10. Kapitel. Das Namensrecht der Frau gemäß § 1355 BGB. 102
11. Kapitel. Hausleitungsgewalt und Arbeitspflicht der Frau gemäß § 1356 BGB. 114
12. Kapitel. Die Schlüsselgewalt der Frau gemäß § 1357 120
13. Kapitel. Das Kündigungsrecht des Ehemanns gemäß § 1358 . . . 129
14. Kapitel. Die Unterhaltspflicht gemäß §§ 1360, 1361 132

Fünfter Abschnitt.

Der Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft gegen Dritte.

15. Kapitel 147

Literaturverzeichnis 157

Erster Abschnitt.

Einleitung und Verständigung.

Erstes Kapitel.

Die Lebenswirklichkeit der Ehegemeinschaft als Gegenstand rechtlicher Normierung.

Wenn wir von Ehe und Ehegemeinschaft als Instituten des objektiven Rechtes sprechen, so denken wir dabei zunächst an einen Komplex von Normen, die den Zusammenschluß von Mann und Frau zu gemeinsamer Lebensgestaltung nach Entstehung und Auflösung, Organisation und sachlichem Aufgabenkreis, persönlichen und wirtschaftlichen Folgen gesetzlich regeln. Es liegt daher nahe, bei einer Untersuchung wie der vorliegenden, die das Leben der Ehegemeinschaft als Gegenstand rechtlicher Normierung behandelt, von dieser Betrachtung ihres formaljuristischen Sinngehaltes auszugehen und dabei die tatsächliche Existenz der Ehe, das Leben der Ehegemeinschaft, die Zusammengehörigkeit der Ehegatten als natürliche Tatsachen hinzunehmen und als objektiv gegebene Größen zu verwerten. Es könnte ja auch zunächst scheinen, als handle es sich dabei um konstante Faktoren, die für die juristische Sinndeutung stets dieselben sind und sein müssen, wenn diese überhaupt ihren Gegenstand haben soll. Nun ist gewiß das tatsächliche Vorhandensein des Instituts der Ehe allgemein evident. Trotzdem ginge ein Verfahren, dem dieses objektive Vorhandensein kein Problem wäre, an seinem ersten und wichtigsten Gegenstande vorbei. Es würde das Leben der Ehegemeinschaft, das die Rechtsordnung erfassen will, als gegebene und beharrende Größe vergegenständlichen und folgerichtig nur den das Zusammenleben der Gatten bereits voraussetzenden Teil des Ehelebens zum Gegenstand der Untersuchung machen, mithin nur die Folgen eines Tatbestandes,

dessen eigentliches Werden und Wesen der eigentliche Lebensprozeß der Ehegemeinschaft ist. Damit erst ist das Grundproblem richtig gestellt: Die Erfassung des inneren Wesens, der eigentlichen Lebenswirklichkeit der Ehe, des schöpferischen Vorgangs, dem sie Dasein und Entwicklung verdankt. Deshalb ist es die Kernfrage in Leben und Recht der Ehegemeinschaft, was die von der Rechtsordnung dauernd zueinandergewiesenen Gatten tatsächlich zusammenhält, wie und wodurch die Ehegemeinschaft überhaupt lebt, in welchen Lebensvorgängen sie ihre eigentliche Wirklichkeit hat. Nur die Erkenntnis dieses eigengesetzlichen Lebensprozesses, der die äußeren Erscheinungsformen erst bedingt, ermöglicht inneres Verständnis und sinngemäße Anwendung der Normen, mit denen die Rechtsordnung ihn zu erfassen sucht.

Den richtigen Weg weisen hier die Gedanken, die Rudolf Smend auf dem Gebiete von Staatslehre und Staatsrecht über den Kernvorgang des staatlichen Lebens entwickelt hat[1]). Für Smend ist das Leben des Staates ein zwar nicht erkenntnistheoretisches, aber praktisches Problem, nicht eine selbstverständliche Tatsache, sondern eine Kulturerrungenschaft, die selbst fließendes Leben, also steter Erneuerung und Weiterführung bedürftig, eben deshalb aber auch stets in Frage gestellt ist. In dieser stetigen Selbsterneuerung, dem fortwährenden Neuerfassen und Zusammenfassen seiner Angehörigen erblickt Smend den grundlegenden Teil der Lebensvorgänge des Staates. Ihm ist der Staat kein ruhendes Ganzes. Er erblickt in diesem Prozeß dauernden Neuerlebtwerdens, der stetigen Erneuerung nach den beiden Seiten des „zeitlichrealen Seins" und des „Anteils am Reich des ideell zeitlosen Sinns" den Kernvorgang, die Kernsubstanz, die eigentliche Wirklichkeit des staatlichen Lebens und bezeichnet alles, was diesen Vorgang der Selbstverwirklichung des Staates zum Ausdruck bringt, als Integration. Dieser Begriff und die zugehörige Terminologie, wie Integrationssatz, Integrationssystem, Integrationsmoment, Integrationsfaktor ist der Mathematik entnommen, um sinngemäß auf den Vorgang der funktionellen Aktualisierung und Reproduzierung des Staates angewendet zu werden. Der Begriff mutet, um mit Rümelin zu sprechen, „zunächst etwas fremd und abschreckend an, da die meisten vor der Integralrechnung,

1) Smend: „Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform" (Festgabe für Kahl 1923) und namentlich in „Verfassung und Verfassungsrecht" (1928), S. 16 ff.

die sie nicht gelernt haben, eine begreifliche Scheu empfinden“ [2]). Jedoch ist er zur Erfassung des individuellen Lebensprozesses nicht nur des Staates, sondern jeder menschlichen Gemeinschaftsbildung überhaupt von grundlegender Bedeutung und daher auch für das innere Verständnis und die Auslegung der Normen, die das positive Recht dem Leben der Gemeinschaft setzt, von entscheidendem Wert. Es soll deshalb versucht werden, die Integrationslehre auch für das Leben der Ehegemeinschaft und ihre rechtliche Normierung fruchtbar zu machen.

Die sinngemäße Anwendung dieser Gedanken auf das Eherecht ist sachlich gerechtfertigt schon dadurch, daß auch die Ehe ein Kollektivgebilde, ein Typus menschlicher Gemeinschaftsbildung ist. Auch die Lebensgemeinschaft der Gatten bedarf ständiger Erneuerung und Fortbildung und hat in diesem Prozeß ihre eigentliche Lebenswirklichkeit. Sie lebt und ist da nur in ihren Lebensäußerungen, Erneuerungen und Fortbildungen, die der Ausdruck des inneren Zusammenhangs der Gatten sind. Auch die Ehe kann daher nicht als „statisch daseiende Substanz“ betrachtet werden, ohne daß diese statische Betrachtungsweise am Kernpunkt ihres Gegenstandes, der Erfassung der Lebenswirklichkeit, vorbei zu einem rein normativen, formaljuristischen Ehebegriff führen müßte, der nur die „Gegenstände zweiten Ranges“ ins Blickfeld rückt, die vom Recht normiert sind. Erkennt man dagegen das Wesen der Ehe in ihrer Dynamik, in dem schöpferischen Prozeß ständig erneuten Erfassens und Zusammenfassens der Gatten, in der stetigen Neugestaltung ihrer Gemeinschaft, so ist auch der Sinn der Ehegemeinschaft in ihrer Lebenswirklichkeit, ihrem Integrationsprozeß erschlossen. Auch in der Deutung dieses Lebensvorgangs weist Smend den richtigen Weg [3]). Auch hier haben seine Gedanken allgemeine Bedeutung für jede Form menschlichen Lebens in der Gruppe. Die Integrationstendenz der Gemeinschaft richtet sich auf die Verwirklichung ihrer Lebenstotalität, der Sinn ihres Integrationsprozesses ist die immer neue Herstellung ihrer eigenen Lebensganzheit. Alle Lebensvorgänge, in welchen sich die Ehegemeinschaft integriert, beziehen sich auf die ständige Neuverwirklichung der Lebenstotalität der Ehe.

---

2) M. Rümelin: „Die Gleichheit vor dem Gesetz“, Tübingen, (J. B. Mohr) 1928, S. 24. Dem Verfasser verdanke ich auch die Anregung zu dem Versuch, den Integrationsgedanken für das Recht der Ehegemeinschaft nutzbar zu machen.

3) Vgl. dazu Smend in „Verfassung und Verfassungsrecht“, S. 78.

Erst diese Erkenntnis des Lebens der Ehegemeinschaft als eines Lebensstroms, als eines einheitlichen, „dauernd seinen Sinn erfüllenden Integrationssystems", ermöglicht die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung den Rechtsnormen der Ehegemeinschaft zukommt und nach welchen Gesichtspunkten sie auszulegen und anzuwenden sind. Ihre Betrachtung einseitig im Sinne des juristischen Formalismus und Positivismus verbietet sich von selbst, wenn man die Lebenswirklichkeit der Ehegemeinschaft in ihrem auf die Lebenstotalität gerichteten Integrationsprozeß erkennt. Andrerseits muß aber auch die Gefahr einer rein faktischen, allein auf das konkrete Leben abstellenden Methode vermieden werden. Es handelt sich hier noch nicht um den allgemeinen Gegensatz von „Lebenswirklichkeit und Sinnordnung". Über dieses Problem wird im nächsten Kapitel zu reden sein. Hier gilt es nur, Klarheit darüber zu gewinnen, daß alle Wissenschaft vom geistigen Leben ihren Gegenstand verfehlt, wenn sie entweder „vitalistisch-organologisch" nur den wirklichen Lebensstrom als solchen, oder „ideell-systematisierend" nur den zeitlos-ideellen Gehalt bearbeitet, statt den Gegenstand in seiner Doppelseitigkeit als Lebens- und Sinnordnung zu erfassen[4]). Es kann bei dieser Frage nur auf die innere Wesensbeziehung von Leben und Recht ankommen. Die Rechtsordnung sucht das einheitliche psychophysische Integrationssystem des ehelichen Lebens durch ein einheitliches „ideelles Sinnsystem" zu erfassen. Sie normiert einzelne Seiten des Integrationsprozesses der Ehe.

Damit ist gesagt, daß die Ehegemeinschaft selbstverständlich nicht nur in ihren vom Rechte geregelten Beziehungen lebt. Das Recht muß vielmehr, um überhaupt das eheliche Gemeinschaftsleben zu erfassen, auf „die Triebgrundlage dieses Lebens und die ganze Fülle der sozialen Motivierungen"[5]) rechnen. Es handelt sich also um die Erfassung der „spezifischen Substanz" der Ehe als Gegenstand rechtlicher Normierung. Bis hierher wies uns Smend den Weg.

Die Ehe ist keine Schöpfung des Rechtes oder der staatlichen Zweckordnung. Sie entstammt den verschiedenartigsten Bereichen menschlichen Daseins. Sie lebt in Natur und Kultur, in Volk und Staat, in Sitte und Gesellschaft. Sie ist Teilbeziehung in diesen großen Lebenszusammenhängen. Aus dem Zusammenwirken der sie tragenden biologischen, ethischen und soziologischen Kräfte empfängt sie die

4) So Smend, a. a. O. S. 77.

5) Vgl. dazu auch Smend, a. a. O. S. 78.

Normen ihres eigenen Daseins. Dieses Dasein ist Sein und Werden, Erhaltung und Entwicklung zugleich. Nur die biologische Zwecksetzung ist stets dieselbe: Geschlechtsgemeinschaft und Fortpflanzung. In ständigem Flusse dagegen ist der sittliche und soziale Lebensgehalt. Die gesellschaftsbildenden Kräfte des Volkslebens bestimmen die Form, das Ethos der Volksgemeinschaft den Inhalt der Ehe. Gesellschaftliche Zustände und sittliche Wertüberzeugungen der Völker aber unterliegen ständigem Wandel. So ist die Ehe als Volks- und Kulturinstitution „geprägte Form, die lebend sich entwickelt".

Zwischen den Gatten schafft die Ehe die tiefsten und umfassendsten sittlichen Beziehungen. Hier integrieren die sittlichen Lebenskräfte des Volkes. Sie stellen den Gatten einen unerschöpflichen Kreis von Lebensaufgaben, die sich in jeder Ehe, je nach Stand, Bildung, Erziehung, Vermögenslage, körperlicher und geistiger Beschaffenheit der Gatten verschieden gestalten. Eine solche Lebensfülle kann naturgemäß von der Rechtsordnung niemals ganz erfaßt und normiert werden. Das kann aber auch gar nicht die Aufgabe sein, die der Rechtsordnung hier gestellt ist. Diese liegt vielmehr darin, die integrierenden Kräfte anzuregen und zu schützen, Fehlintegrationen zu vermeiden und zu einer Lebensform der Ehe beizutragen, die den Idealen des Volkes und den Bedürfnissen der Ehegatten entspricht. Ihr Ziel ist dasselbe, wie das des tatsächlichen Integrationsprozesses: Die Herstellung der Lebenstotalität, der vollkommenen Lebensgemeinschaft.

Ob die Rechtsordnung ihre Integrationsaufgabe erfüllt, hängt von der praktischen Auswirkung der Volkskräfte ab, die im Lebensprozeß der Ehe lebendig sind. Für die Auslegung der Rechtsnormen der Ehegemeinschaft ergibt sich dabei aus ihrem integrierenden Sinn nicht nur die Möglichkeit, sondern die Notwendigkeit einer elastischen ergänzenden Methode. Das lehrt uns eine Tatsache, die wir bereits kennen: Die sittlichen Kräfte und sozialen Motivierungen, auf die das Recht hier zu rechnen hat, unterliegen selbst dauerndem Wandel. So tragen die das Leben der Ehegemeinschaft ordnenden Normen in sich selbst das Gesetz ihrer eigenen Elastizität und Bildungsfähigkeit. Es ist der Sinn jedes Rechtsnormensystems, das soziale Integrationsvorgänge ordnet, daß es diese Elastizität und Ergänzungsfähigkeit hat und daß es sich gegebenenfalls von selbst wandelt und fortbildet[6]). Nur unter Anwendung dieser Grundsätze ist ein zusammenhängendes

6) Vgl. dazu auch Smend, a. a. O. S. 79.

Verstehen des vom Rechte gewollten und geregelten Gegenstandes, also des tatsächlichen Integrationssystems, wie auch der objektiven Intention des Gesetzgebers möglich. Angesichts des immanenten Gebotes freier und schöpferischer Rechtsauslegung bedarf es hiezu keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Unter Einbeziehung dieser Grundsätze elastischer normergänzender Auslegung sind Integrationsgehalt, Integrationstendenz und Integrationswirkung der den tatsächlichen Integrationsprozeß normierenden Rechtssätze zu untersuchen.

Der Notwendigkeit elastischer Auslegung entspricht die Notwendigkeit elastischer Anpassung der Normen an den Einzelfall. Auch hierin liegt die Sinnverwirklichung der Rechtsordnung, deren Ziel uns in ihrer Richtung auf die Lebenstotalität entgegentrat. Alles Leben der Ehegemeinschaft fließt aus der Totalität der Einzelpersönlichkeit der Gatten. Hier, im Individuellen, wurzeln die Kräfte und Impulse, die zur überpersönlichen Lebenseinheit der Ehe zusammenwirken. Alle Lebensäußerungen der Gatten, die aus ihrem — letztlich irrationalen und unfaßbaren — Zusammenhang fließen, den wir ihre innere Verbundenheit zur Ehe nennen, ohne ihn damit zu erklären, werden so persönliche und funktionelle Integration der Ehe. Für die Rechtsgewinnung folgt daraus, daß jede Ehe ihren eigenen, nur sich selbst gleichenden und selbständig zu beurteilenden Lebensprozeß hat. Die Rechtsanwendung hat daher die bestimmenden Integrationsfaktoren auf ihrem spezifischen Nährboden zu suchen, sie hat von der Totalität der Einzelpersönlichkeit der Gatten ausgehend die Lebenstotalität der konkreten Ehegemeinschaft zu erfassen und so zur Urteilsbildung zu gelangen. Daher wird die Frage nach dem Integrationswert des Normensystems sich demnach beantworten, in welcher Weise und in welchem Maße es diese elastische Anpassung an den Einzelfall ermöglicht.

Zweites Kapitel.

Das Problem der Rechtsgestaltung.

Der Gegensatz von Sollen und Sein, Lebenswirklichkeit und Sinnordnung bildet, wie Smend mit Recht hervorhebt, die Grundschwierigkeit aller Geisteswissenschaften. Diese Spannung wirkt sich bei der Ehegemeinschaft entsprechend der Eigenart ihrer Substanz, die das Recht erfassen soll, in besonderer Weise aus. Auf der einen

Seite besteht zweifellos angesichts der fundamentalen Bedeutung der Ehe für das Leben von Staat und Volk, wie auch für das dem Staate zugrunde liegende Kultursystem ein starkes Bedürfnis nach rechtlicher Normierung und rechtlichem Schutze. „Das natürliche und sittliche Band der Ehe ist die Grundlage der Familie, diese die Grundlage der Gesellschaft und des Staates als der geordneten Gesellschaft. Deshalb hat der Staat an der gesunden Ordnung der ehelichen Verhältnisse, insbesondere an der Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft, deren Beständigkeit allein die Erfüllung eines der vornehmsten Zwecke der Ehe, die Erziehung der Kinder, die zugleich den Volksnachwuchs bilden, gewährleistet, ein hohes Interesse." Diese Sätze des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 72, S. 86) kennzeichnen die organische und funktionelle Verbundenheit von Staat und Familie, die das Leben der Familie zu einer Komponente des staatlichen Integrationsprozesses macht. Die Familienbildung ist die natürliche, geistige und soziologische Grundlage aller Staatsbildung und eine Quelle staatserhaltender Kräfte. Aus ihr wachsen dem Staat vitale und ethische Integrationsimpulse von entscheidender Bedeutung zu. Alles Leben der Familie aber beruht auf ihrem natürlichen und sittlichen Fundament, der Ehe. So ist die Ehe ein Integrationsfaktor für den Staat, der in jedem Falle an Wert und Unwert, an einer gesunden, wie an einer destruktiven Entwicklung des Ehelebens beteiligt ist. So ist die befriedigende Integration der Ehe eine Voraussetzung der Gesamtintegration von Volk und Staat. Im Letzten und Tiefsten aber entspringt und mündet das Leben der Ehe nicht nur in dem Strom von Kräften, die das staatliche Gemeinschaftsleben schaffen und lebendig erhalten, sondern in dem großen Kulturzusammenhang der Volksgemeinschaft, der dem staatlichen Leben seinen Sinn gibt. „Die Ehe ist Anfang und Gipfel aller Kultur", sagt Goethe in den „Wahlverwandtschaften". Die Ehe ist Voraussetzung und Errungenschaft der Kultur zugleich, sie formt die Kultur, wie sie ihr eigenes Gepräge von dieser empfängt. Diese Wechselwirkung zeigt die Integration der Ehe als Lebensbestandteil der Kulturintegration.

So erwünscht demnach rechtlicher Schutz und rechtliche Normierung der Ehe als eines Volks- und Kulturguts erscheint, so groß sind die praktischen Schwierigkeiten dieser Aufgabe. Die Eigenart der Ehe liegt ja gerade darin, daß sie der Rechtsordnung als fertiges Gebilde, als eigengesetzlich lebender Organismus gegenübertritt. Sie „tritt mit einer fertigen Ordnung in das Rechtsgebiet ein", sagt treffend

Windscheid[7]). Will also der Gesetzgeber Zwiespältigkeit von Recht und Leben vermeiden, so wird er sich darauf beschränken müssen, die fertige Ordnung, die er vorfindet, mindestens in den Grundzügen zu sanktionieren. Die eigentliche Schwierigkeit liegt für ihn jedoch darin, daß diese fertige Ordnung als Ausdruck zeitgebundener fließender Wertungsgrundsätze und Ideen nur relative Bedeutung haben kann und, so betrachtet, niemals „fertig" ist. Zwangsläufig hat jede Rechtsepoche ihre eigene Auffassung vom Sinn und Wesen der Ehe. Einige Beispiele seien genannt. Das kanonische Recht erblickt, dem Dogma der Kirche entsprechend, in der Ehe ein Sakrament, eine übernatürliche, unlösbare Verbindung der Gatten und verwirft daher eine Scheidung der Ehe überhaupt. In schroffstem Gegensatz hiezu steht das Ehegesetz der Sowjetunion von 1926, das den Gatten größtmögliche Freiheit und Unabhängigkeit wahrt. Es sieht in der Ehe nur einen tatsächlichen Zustand, der zwar Rechtswirkungen erzeugt, aber durch Vereinbarung oder einseitige Kündigung jederzeit beendet werden kann (Art. 18)[8]). — Völlig anders ist der Geist der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts. Diese gelangte zu einer rationalistischen Auffassung der Ehe, in der sie einen Vertrag des bürgerlichen Rechts erblickte. Exakten gesetzlichen Ausdruck fand das in der französischen Konstitution von 1791, die bestimmte: „La loi ne considère le mariage que comme contrat civil." (Tit. II, Art. 7). — Diese naturrechtliche Auffassung der Ehe wirkte sich auch in der Erleichterung der Ehescheidung aus, wie sie beispielsweise das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR. II, 1, §§ 716 ff.) und namentlich der code civil, das französische Gesetzbuch von 1804 sanktionierten. Der code civil hat in dem obsoleten Art. 233 die Ehescheidung durch gegenseitige Übereinkunft der Gatten („par consentement mutuel") gestattet und also unmittelbar Vertragsgrundsätze auf das Eherecht übertragen. — Rationalistisches Denken zeigt auch der vom preußischen Landrecht aufgestellte Grundsatz, der Hauptzweck der Ehe sei die Erzeugung und Erziehung der Kinder (ALR. II. Teil, 1. Titel, § 1)[9]). — Andere Auffassungen vertreten die modernen

7) Windscheid-Kipp, Pandekten, § 496.

8) Siehe dazu Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. VI. (Freund).

9) Mit Recht weist Egger, Komm. zum Familienrecht des schweizerischen ZGB. (Vorbem. 1 zu Art. 137), auf die bewußt merkantilistische Bevölkerungspolitik des preußischen Eherechts hin. Nach merkantilistischer Lehre konnte bekanntlich ein Land nie genug Einwohner haben.

Rechte. So denkt das schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907 die Ehe als eine den Gatten übergeordnete Gemeinschaft, der beide Gatten zu dienen haben (Art. 159 ZBG.) und gibt ihr eine genossenschaftliche Organisation. — Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch endlich verkündet die gegenseitige Verpflichtung der Gatten „zur ehelichen Lebensgemeinschaft" als leitenden Grundsatz (§ 1353, Abs. I BGB.). — Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, wie stark die Rechtsordnung hier von den grundsätzlichen Wertungen ihrer Zeit bedingt ist. Als Ausdruck eines bestimmten Wertsystems muß das Recht also mit der Lebenswirklichkeit in Widerspruch treten, wenn die zugrunde liegenden Wertungen sich verschieben. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit einer großzügigen, elastischen und volkstümlichen Rechtsgestaltung, um dieser Gefahr nach Möglichkeit zu begegnen. Ein weiteres Moment der Spannung von Leben und Recht ist in dem sittlichen Wesen der Ehegemeinschaft begründet. Daß die den Gatten aus der Ehe erwachsenden persönlichen Rechte und Pflichten zunächst und in erster Linie sittlicher Natur sind, wurde bereits gesagt. Gewiß ist bei der Ehe, wie Savigny sagt, „die juristische Seite ihres Wesens gerade die geringere, während die wichtigere einem ganz anderen Gebiete, als dem des Rechtes angehört" [10]). Es hat aus diesem Grunde nie an Stimmen gefehlt, die das Leben der Ehegemeinschaft rechtlicher Normierung überhaupt entziehen wollten, da es seiner Natur nach dem Bereich der Sittlichkeit angehöre und daher auch diesem Normengebiet ausschließlich überlassen werden müsse [11]). Auch bei der Schaffung des BGB. wurden solche Stimmen laut. Sie bezeichneten die Ehe als ein Noli me tangere für den Richter und Gesetzgeber [12]). Doch verlangen starke Bedürfnisse des Lebens, individueller wie sozialer Art, zweifellos auch hier die rechtliche Regelung. Im Hinblick auf die geschilderten staatlichen und kulturellen Belange erscheint sie geradezu als Notwendigkeit. Es darf nicht verkannt werden, daß die Ehe angesichts ihrer integrierenden Bedeutung für das Leben der Allgemeinheit bis zu einem gewissen Grade immer auch ein Institut des öffentlichen Rechtes ist. Andrerseits liegt es im wohlverstandenen Interesse der Gatten selbst, daß das Recht ihre

10) Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts (1840) Bd. I, S. 347.

11) Vgl. dazu Neustadt, Kritische Studien zum Familienrecht, Bd. I S. 222 ff.

12) Rede des Reichstagsabgeordneten und Kommissionsmitglieds Dr. v. Dziembowski-Pomian im Reichstag (vgl. Sten.Ber. 4. Session, 9. Legislaturperiode, Prot. IV, S. 2917).

Lebensbeziehungen schützend, fördernd, abgrenzend, richtungweisend normiert. Die Rechtsordnung muß auch die sittlichen Mächte des Volkslebens erfassen können. In seinem Familienrecht muß ein Volk seine sittlichen Ideale verwirklichen können. —

Allerdings ergeben sich aus den aufgezeigten Spannungsmomenten von Recht und Leben Postulate für die Rechtsgestaltung. Daß diese sich auf die Lebenstotalität und nicht auf Einzelheiten richten muß, ist bereits ausgeführt. Eine erschöpfende Reglementierung der einzelnen in der Ehe integrierenden Lebensbeziehungen und der durch sie begründeten wechselseitigen Pflichten der Gatten ist hier der Natur der Sache nach unmöglich. Die Fülle der sittlichen, geistigen und physischen Lebensbeziehungen der Ehegemeinschaft entzieht sich einer abstrakten, kasuistischen Formulierung. Gerade die tiefsten und feinsten Beziehungen der Gatten sind für diese Methode der Rechtsformung unfaßbar. Außerdem vermöchte eine solche Regelung der Individualität des Einzelfalls nicht in dem hier notwendigen Maße gerecht zu werden. Auch würde eine abstrakte, schematische Normierung die erforderliche schöpferische Rechtsanwendung erschweren und den Integrationswert des Rechts gerade gegenüber den fließenden sittlichen und soziologischen Integrationsfaktoren vermindern. Aus diesen Gründen ist die Methode etwa des preußischen Landrechts unzulänglich, das versucht hatte, den Rechtsgehalt des ehelichen Verhältnisses in Begriffe zu fassen und ihn durch Formulierungen wie „Recht auf eheliche Treue, auf Beistandsleistung, auf Haus- und Geschlechtsgemeinschaft" und anderes mehr zu erschöpfen[13]). — Doch ist die Bildung des präzisen Rechtsbegriffs nicht die einzige Methode des Rechts. Gerade das moderne Recht arbeitet in steigendem Maße mit relativen Rechtssätzen, die unmittelbar auf eine allgemeine Lebensanschauung abstellen und diese zur Rechtsnorm erheben. Wo die Rechtsordnung in bestimmten Fragen eine feste Volksüberzeugung, „einen Grundstock herrschender Anschauungen"[14]) vorfindet, da ist es hergebracht, „durch elastische Begriffe, wie Treu und Glauben, gute Sitten usw. im Gesetze selbst auf diesen Grundstock zu verweisen". Die Berechtigung dieser Methode ist auch allgemein anerkannt. Sie geht davon aus, „daß es zu allen Zeiten möglich sei, bestimmte Inhalte als in den Herzen der Rechtsgenossen lebendes Recht festzustellen, ein Recht, das zwar, wenigstens der Hauptsache nach, im steten Fluß der

13) ALR. Teil II, Titel 1, §§ 174—183.

14) Vgl. M. Rümelin, „Die Gleichheit vor dem Gesetz" (1928), S. 76.

Entwicklung sich befinde, aber doch im einzelnen Zeitpunkt mit Sicherheit ermittelt werden könne[15])."

Mit Recht führt Rümelin weiter aus, daß diese Auffassung, soweit sie objektiv auf die übereinstimmenden Wertungen der Volksmehrheit, die herrschenden Anschauungen (den „Volksgeist" der historischen Schule) abstellt, von zweifellos vorhandenen und richtig beobachteten Tatsachen ausgeht, daß jedoch das subjektive Rechtsbewußtsein des Richters mindestens solange nicht gegen die Gesetze ausgespielt werden kann, als noch objektive Wertungen durch Gesetz oder herrschende Meinungen auffindbar sind[16]). Gewiß gibt es auch heute trotz der fortschreitenden Differenzierung unsres Lebens noch einen gewaltigen Grundstock solcher gemeinsamer Wertungen. Das gilt natürlich nicht nur für das Verkehrsleben, sondern gerade auch für die Fragen des sittlichen Volkslebens, die das Familienrecht zu gestalten hat. So kann das Gesetz auch bei der Normierung der Ehegemeinschaft auf ein System allgemeiner Wertungen, die sittliche Volksanschauung, verweisen. Einer solchen Normierung des ehelichen Integrationssystems wird die höchste Integrationskraft innewohnen. Sie wird schöpferischen Wert haben, da sie es der Rechtsprechung ermöglicht, Recht und Leben dauernd in Einklang zu halten. Sie wird die lebendige Beziehung zwischen Leben und Recht schaffen und andrerseits auch die notwendige elastische Berücksichtigung des Einzelfalls ermöglichen. Gleichzeitig aber wird auch das Recht richtungweisend, fördernd und schützend auf das Leben zurückwirken und neuen Gedanken Bahn brechen können. Damit vermag es seine Integrationsaufgabe zu erfüllen. —

Nun wird man gewiß die Augen offen halten müssen für eine Tatsache, auf die Rümelin mit großem Ernste hinweist[17]). Zweifellos hat auch in den allgemeinen Wertungskomplexen, auf die unsre Rechtsordnung als gemeinsames Gedankengut der Rechtsgenossen verweisen kann, schon lange ein Zerfallsprozeß eingesetzt, der immer mehr fortschreitet. Das gilt natürlich besonders in den Fragen des Wirtschaftslebens, da gerade hier in neuester Zeit die Interessengegensätze sich immer mehr verschärfen und „die Einzelnen sich zu die Volks-

15) Vgl. M. Rümelin, a. a. O. S. 74.

16) Vgl. dazu M. Rümelin, a. a. O. S. 74 ff.; ferner auch in „Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein" (Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1925) S. 46 ff. 52, 54. (Tübingen 1926).

17) Vgl. dazu M. Rümelin, „Die Gleichheit vor dem Gesetz", S. 76.

gemeinschaft unterhöhlenden Interessengruppen und Interessenverbänden zusammenballen“ [18]). Das hat jedoch auch für die den Volksgenossen gemeinsamen sittlichen Wertmaßstäbe zu gelten. Der Relativismus der Zeit stellt die Wertbeständigkeit aller Normen in Frage. Wir sehen, daß wir in allen Fragen unsres kulturellen Daseins in einer Periode schwerer Krisen und Kämpfe stehen und daß von einer Klärung und Festigung des Ideengehaltes der Zeit noch auf lange keine Rede sein kann. Das zeigt sich auch auf dem Gebiet der Ehe, wo unsere Zeit sich durch eine Fülle gegnerischer Meinungen und eine erstaunliche Fruchtbarkeit an Schlagworten auszeichnet. So verlangt man die „freie Ehe“, die ohne Mitwirkung des Staates begründet und wieder aufgehoben werden kann, oder wenigstens eine staatsfreie „Probeehe“ vor Abschluß der eigentlichen Ehe. Man ruft nach der „Gruppenehe“ und der „freien Gattenwahl“ oder nach der „Kameradschaftsehe“. Andrerseits wird für und gegen die völlige rechtliche Gleichstellung der Frau mit dem Mann gekämpft, wie auch für und gegen die Erleichterung der Ehescheidung. Trotzdem aber wird man mit Sicherheit sagen können, daß doch in diesen Lebensfragen die Anschauungen und Wertungen der überwiegenden Volksmehrheit noch einheitlich, intakt und klar erkennbar sind, so daß auch heute noch das Recht sich auf eine feste sittliche Volksüberzeugung stützen kann. Darum wird auch heute noch eine großzügige, elastische und volkstümliche Grundsatzgesetzgebung, die diese Ideale zum Maßstab nimmt, die Integrationsaufgabe des Rechtes am besten erfüllen. In der lebendigen Wechselwirkung zwischen der Idee des Rechtes und dem Ethos des Volkes liegt die Überwindung der Antinomie zwischen der Rechtsnorm und dem Leben der Ehegemeinschaft.

Wie das BGB. sich mit diesen Fragen auseinandersetzt, will die vorliegende Arbeit darzustellen versuchen. Dem Ziele dient die Einbeziehung von Geschichte und Zukunftstendenzen.

---

18) M. Rümelin, „Die Gleichheit vor dem Gesetz“, S. 76.

Zweiter Abschnitt.

Geschichtliche Entwicklung.

Drittes Kapitel.

Römisches, kanonisches, altes deutsches und gemeines Recht.

I. Im römischen Recht sind zwei Formen rechtsgültiger Ehe zu unterscheiden: Die Manusehe und die Ehe ohne manus oder freie Ehe. Die Manusehe beruhte auf der „manus mariti", der vollen Gewalt des Mannes über Person und Vermögen der Frau. Die Beziehungen der Gatten waren nach den Grundsätzen der patria potestas ausgestaltet. Die Frau trat mit dem Abschluß der Ehe in das agnatische Haus des Mannes ein. Sie hatte im Verhältnis zum Hausherrn die Rechtsstellung einer Tochter, im Verhältnis zu ihren Kindern die einer Schwester. Anders stand es bei der freien Ehe. Hier war die Frau von der manus mariti, der vollkommenen personen- und vermögensrechtlichen Herrschaft des Mannes befreit. Die freie Ehe beruhte auf der Gleichordnung, auf dem Genossenschaftsverhältnis der Gatten. Für die Frau galt im Verhältnis zum Mann nicht Kindesrecht. Der freien Ehe war vielmehr eine stark abgeschwächte, spezifisch eherechtliche Gewalt des Mannes eigentümlich, die mit der patria potestas nichts gemein hatte und inhaltlich ein Recht auf Ehegemeinschaft war. Auch verblieb die Frau in ihrer bisherigen Agnatenfamilie[19]). Die Manusehe mit der völligen Unterordnung der Frau war keine Lebensgemeinschaft der Ehegatten in unserem heutigen Sinne. Doch kann das auch von der freien Ehe nicht gesagt werden. Dagegen spricht bei dieser namentlich die für beide Gatten völlig unbegrenzte Möglichkeit der Ehescheidung. Außerdem konnte in der freien Ehe, wo die Frau die Agnatenfamilie nicht wechselte, die väterliche Gewalt mit der eheherrlichen in Konflikt treten. Die Frau

19) Über das historische Verhältnis der beiden Eheformen vgl. namentlich Jörs, „Geschichte und System des römischen Privatrechts" (in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissensch. II, III), S. 199. Die freie Ehe stand schon zur Zeit des Zwölftafelgesetzes als matrimonium iustum neben der Manusehe. Sie hat diese in einem langen Entwicklungsprozeß dann völlig verdrängt. — Vgl. auch Sohm, Institutionen, S. 504 ff.

verblieb nach der Verheiratung in der potestas ihres Gewalthabers, der sie sogar zurückfordern konnte[20]). Die freie Ehe brachte wohl eine weitgehende Verbesserung der Rechtsstellung der Frau, doch hat sie gleichzeitig das Familienband aufs äußerste gelockert. Das Zurücktreten des Gedankens einer Lebensgemeinschaft der Gatten wird damit zu erklären sein, daß das römische Recht einseitig in der Erzeugung der Nachkommenschaft das sittliche Fundament der Ehe erblickte[21]). — Jedenfalls hat diese Eheordnung den gegen Ende der Republik einsetzenden Sittenverfall außerordentlich begünstigt. Die Gesetzgebung der Kaiser zeigt daher die Tendenz, das eheliche Band zu festigen, insbesondere die Scheidung zu erschweren. Außerdem erhielt der Mann mit dem interdictum de uxore exhibenda et ducenda (L 2 Dig. de lib, exhib. 43, 30) eine selbständige Klage, mit der er die Frau von jedem Dritten, auch von dem Gewalthaber, herausverlangen konnte. — Das freie Scheidungsrecht als solches ließ jedoch die Gesetzgebung der Kaiserzeit, auch der christlichen, bestehen. — In der späteren römischen Jurisprudenz und im Corpus Juris Justinians findet der Gedanke einer Lebensgemeinschaft der Gatten wenigstens eine Definition in der Formel des Modestinus: „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio" (L 1 Dig. de ritu nupt. 23, 3) und in der Kennzeichnung des Inhalts der Ehe als einer „individua consuetudo vitae" (§ 1 I. de patr. pot. 1, 9). Doch blieb es im wesentlichen bei dieser Beschreibung; eine praktische Ausgestaltung der Leitsätze erfolgte nur in vereinzelten Vorschrften, z. B. hinsichtlich der Gleichheit des Standes und Wohnsitzes (L 2 Cod. de dignitate 12, 1) oder des Verbots der infamierenden actio furti, wenn ein Gatte den anderen bestohlen hatte (L 2 Cod. rer. amotar. 5, 21).

II. Erst das kanonische Recht, das ein getreues Spiegelbild der kirchlichen Geschlechtsmoral ist, hat ein strenges Recht jedes Ehegatten auf eheliche Lebensgemeinschaft ausgebildet. Im Mittelpunkt steht das Recht jedes Gatten auf ausschließliche Geschlechtsgemeinschaft. Jeder Gatte hatte ein Recht auf unbedingte eheliche Treue. Ehebruch ist unter schwere Strafe gestellt. Jeder Gatte hat ein Recht auf Leistung der ehelichen Pflicht (des debitum conjugale). In der inneren Organisation ist der Mann das Haupt der Familie. Die Frau ist zum Gehorsam verpflichtet: „Debet enim mulier viro scilicet capiti

20) Vgl. dazu Dig. 43, 30, l. 1, 315; Paul. Sent. V, 6, 10; Cod. 5, 17, c. 5.
21) Vgl. dazu Roßbach, „Untersuchungen über die römische Ehe", S. 3 ff.

suo semper subesse", lehrt das Corpus Juris Canonici (C 4 C 34 qu 1 et 2) in Anknüpfung an die Lehre des Paulus, der Mann sei seines Weibes Haupt (1. Korinther 11, 3 und Epheser 5, 23). Besonders wichtig ist das kanonische Recht durch seine umfassende Gewährleistung des Bestandes der Ehe. Die Ehescheidung war schlechthin verboten. Außerdem konnte aber das Recht auf Ehegemeinschaft im Klageweg verwirklicht werden. Aus dem Rechte jedes Ehegatten an der Person des anderen wurde ein Quasibesitz entwickelt und dessen Schutz nach den Grundsätzen des Spolienrechts ausgebildet. Wenn ein Ehegatte dem anderen von einem Dritten widerrechtlich entzogen wurde oder sich selbst pflichtwidrig von der Ehegemeinschaft fernhielt, so war der verletzte Ehegatte zur Erhebung der Restitutionsklage wegen des spoliierten Quasibesitzes berechtigt[22]). —

III. Das alte deutsche Privatrecht gab der Ehe eine durchaus patriarchalische Gestaltung. So sagt der Sachsenspiegel[23]): „Der man ist ouch vormunde sînes wîbes, zu hant als sie ime getrûwet wirt. Daz wîb ist ouch des mannes genôzine[24]), zu hant als sie in sîn bette tritt; nâ des mannes tôte ist sie ledic von des mannes rechte." Nach dem Schwabenspiegel ist der Mann seines Weibes Vogt und ihr Meister[25]). — Die Frau befand sich im alten deutschen, wie im alten römischen Recht, ursprünglich in kindsähnlicher Abhängigkeit vom Manne. Die alte deutsche Ehe hatte sich von der primitivsten Form, der Raubehe, zur Kaufehe entwickelt, die dann erst allmählich von der Verlöbnisehe abgelöst wurde. Dem Kaufcharakter der Ehe entsprach es, daß die Ehe durch Vertrag zwischen dem Mann und der Sippe der Frau, aber auch durch einseitige Verstoßung seitens des Mannes vernichtet werden konnte. Auch bei unbegründeter Verstoßung war die Ehe aufgelöst. Nur hatte der Mann dann eine Fehde mit der Sippe der Frau zu gewärtigen. — Dieselbe Ungleichheit der Geschlechtsmoral zeigt sich darin, daß der Mann das Recht zu unbeschränktem außerehelichen Geschlechtsverkehr hatte, während Ehebruch der Frau ihm gestattete, sie aus dem Haus zu jagen und sogar

22) Vgl. hierzu C 4, 5, 6, X de divort. 4, 19; C 6 X de eo, qui conj. 4, 13; C 17 X de conv. conj. 3, 32; C 8, 10, 13 X de rest. spol. 2, 13.

23) Ssp. Drittes Buch, Art. 45, § 3.

24) „genôzine" = gleich an Geburt, Stand und Recht. (Vgl. Weiske und Hildebrand, „Der Sachsenspiegel" (7. Aufl. Leipzig 1895) im Glossar, S. 155.

25) Schwsp. Kap. X, § 2.

zu töten (Hübner, S. 596). Erst die Kirche stellte den Ehebruch beider Gatten unter Verbot und Strafe. — Wenn sich dann allmählich auch die Rechte des Mannes der Billigkeit entsprechend abschwächten, so blieb doch seine patriarchalische Herrscherstellung als Grundsatz überall gewahrt. Noch im späten Mittelalter ist der Mann der Muntwalt der Frau, der von ihr Gehorsam verlangen kann. Er beschränkt sich in ihrer Handlungs- und Prozeßfähigkeit, er vertritt und schützt sie nach außen. Die ohne seine Mitwirkung von ihr geführten Prozesse sind ihm gegenüber unverbindlich. Er ist passivlegitimiert für Prozesse gegen die Frau. Er beherrscht auch das innere Hauswesen[26]).

IV. Im frühen Mittelalter hatte die Kirche die Lehre ausgebildet, die Ehe unter Christen sei ein Sakrament und daraus gefolgert, daß alle nicht das eheliche Vermögensrecht angehenden Rechtsbeziehungen der Gatten kirchlicher Gesetzgebung und Jurisdiktion unterworfen sein müßten. Mit diesem Anspruch ist die Kirche seit dem 10. Jahrhundert auch durchgedrungen. Sie gelangte in den ausschließlichen Besitz der Gerichtsbarkeit in Ehesachen. Auf diese Weise konnte sie das weltliche Recht den kirchlichen Rechtsgedanken entsprechend umformen und es schließlich, soweit es mit den kanonischen Rechtssätzen in Widerspruch stand, ganz verdrängen. So setzte sie namentlich das Verbot der Ehescheidung durch. Eine Auflösung der Ehe dem Bande nach war schlechthin unstatthaft. Nur die „separatio perpetua quoad thorum et mensam", die dauernde Trennung von Tisch und Bett, war möglich. Auf dem Gebiet der persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten in der Ehe setzte sich die kirchliche Geschlechtsmoral durch. Die überlegene Stellung des Mannes blieb dabei durchaus gewahrt. Der Mann bestimmte Rang, Stand und Domizil der Frau, die ihm zum Gehorsam verpflichtet war[27]). Insbesondere wurde die kanonische Spolienklage zur Wahrung des Bestandes der Ehegemeinschaft übernommen. Das Urteil konnte mit allen Mitteln, auch mit körperlicher Zwangsgewalt vollstreckt werden. So rigorose Eingriffe in die persönliche Lebensgestaltung der Gatten erschienen dem universalistischen Geiste dieser Epoche ganz natürlich. Neben dem Interesse von Kirche und Staat an der Aufrechterhaltung der Ehe erschienen die individuellen Interessen der Ehegatten nicht schutzwürdig. Diese Herrschaft der Kirche über Eherecht und Ehegerichtsbarkeit bestand unbestritten bis zur Neuzeit.

26) Stobbe-Lehmann, S. 61.
27) Windscheid-Kipp, Pand. 3. Bd., S. 4.

V. Eine Reaktion zugunsten der Staatsgewalt brachte zuerst die Reformation. Der Protestantismus verwarf die Lehre von der Sakramentsnatur der Ehe. Nach Luther ist die Ehe vielmehr „ein eußerlich weltlich ding, wie kleider und speise, haus und hoff weltlicher oberkeit unterworffen“ [28]). Allerdings legten auch die Reformatoren der Ehe eine hohe religiöse Bedeutung bei und verlangten von der weltlichen Obrigkeit eine Ausgestaltung des Eherechts im Sinne der neuen Lehre. Diesen Forderungen entsprachen auch die von den protestantischen Landesherren im 16. und 17. Jahrhundert erlassenen landesrechtlichen Kirchenordnungen. Danach wurde die Gerichtsbarkeit in Ehesachen von landesherrlichen Gerichten ausgeübt, die aus Juristen und Geistlichen gebildet waren. Es entstand im Gegensatz zum gemeinen katholischen das protestantische Eherecht, das auf der evangelischen Lehre beruht. Die wichtigsten sachlichen Gegensätze zwischen katholischem und protestantischem Eherecht liegen namentlich darin, daß die evangelische Lehre, ihrer grundsätzlichen Einstellung entsprechend, unter gewissen Voraussetzungen eine Auflösung der Ehe dem Bande nach zuließ und andrerseits die Zustimmung der Eltern zur Eheschließung forderte. Auch die Formen der Eheschließung waren verschieden. Im übrigen wurde jedoch dem kanonischen Eherecht subsidiäre Geltung belassen. Es stand in Kraft, soweit es mit der protestantischen Lehre übereinstimmte. Eine solche Übereinstimmung bestand namentlich auf dem Gebiet der persönlichen Rechtsstellung der Ehegatten, so daß in dieser Hinsicht das protestantische Recht am bisherigen Zustand nur wenig änderte. Insbesondere blieb die patriarchalische Herrscherstellung des Mannes in der überlieferten Gestalt bestehen. Immerhin war die Reformation durch ihre neue Eheauffassung und durch den Bruch mit der kirchlichen Monopolisierung der Gesetzgebung und Rechtsprechung in Ehesachen von größter Bedeutung für eine freiere Entwicklung des Eherechts, wie sie von der Gesetzgebung der Neuzeit verwirklicht wurde.

Viertes Kapitel.

Die neuere Rechtsentwicklung.

Die Neuzeit ist durch die fortschreitende Befreiung des Individuums aus den Bindungen der Vergangenheit gekennzeichnet. Philosophie und Naturwissenschaft waren die Wegbereiter des neuen Geistes. Sie

28) „Von Ehesachen“ (1530), Weimarer Ausgabe (1910) Bd. 30, Abt. 3 S. 205.

sprengten den geschlossenen Ring, in dem sich das Leben des Einzelnen bisher bewegt hatte. Die Überlieferung wurde vor das Forum der Vernunft gezogen. Was vor dem „aufgeklärten" Denken nicht bestehen konnte, wurde verworfen. Rationalistisch und individualistisch waren die Tendenzen der naturrechtlichen Philosophie des 17. und 18. Jahrhunderts. Ihre Gedanken erfaßten das Rechtsleben des Einzelnen, wie des Staates. Während das Mittelalter durch die Nichtbeachtung der philosophischen Grundlage von Staat und Recht gekennzeichnet ist, entsteht jetzt eine neue, philosophisch begründete Auffassung vom Wesen des Rechts. Das Natur- oder Vernunftrecht stellt den Grundsatz auf, daß das Recht vernunftmäßig sei, soweit es auf dem menschlichen Gemeinschaftsleben beruhe. Aus der Natur des Menschen selbst soll eine neue Rechtswissenschaft abgeleitet werden, um durch Feststellung der Idee des Rechts eine sichere Norm für die Beurteilung der bestehenden angeblichen Rechte und Rechtsordnungen zu gewinnen. Die rationalistischen und individualistischen Ideen des Naturrechts wurden auch in das Familienrecht hineingetragen und insbesondere eine neue Eheauffassung begründet. Der Protestantismus hatte zwar mit der Lehre von dem sakramentalen Charakter der Ehe gebrochen, ihr aber trotzdem ein starkes religiöses Element beigelegt. Darüber schritten die Naturrechtslehrer hinweg. Ihnen ist die Ehe kein religiöses Institut, sondern ein Kontraktsverhältnis der Gatten, ein Vertrag des bürgerlichen Rechts, der nach Analogie der gemeinrechtlichen Sozietas gedacht wurde[29]). Diese naturrechtliche Eheauffassung führte zu einer Reihe von Postulaten. Namentlich wurde der Gedanke der Gegenseitigkeit der ehelichen Pflichten ausgesprochen, deren Abgrenzung dem Eigenleben der Gatten Rechnung tragen sollte. Eine weitere, dem individualistischen Denken entsprechende Konsequenz war die Forderung nach einer Erleichterung der Ehescheidung, wobei man — echt rationalistisch — insbesondere an den Fall der „Unerreichbarkeit des Vertragszwecks" dachte[30]). Folgerichtig war auch die Forderung einer ausschließlich weltlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen. Insbesondere verwarf diese Rechtsauffassung jeden Eingriff staatlicher Zwangsgewalt in die persönlichen Lebensbeziehungen der Gatten. Aus der gesteigerten Bewertung der individuellen Freiheit ergab sich von selbst die Erkenntnis,

29) Vgl. P. Schön in der Göttinger Festschrift für Regelsberger (1901), S. 207 ff.

30) Vgl. dazu Schön, a. a. O. S. 210.

daß die eheliche Gemeinschaft nur durch freies Zusammenwirken ihrer Träger, nicht aber durch Staatszwang erhalten und gerettet werden kann.

Die neue Lehre errang sich allmählich den beherrschenden Einfluß auf die zeitgenössische Gesetzgebung. So wurde in Preußen schon im Jahre 1748 die Gerichtsbarkeit in Ehesachen an rein weltliche Gerichte übertragen. Insbesondere aber wirkten die neuen Rechtsgedanken sich in den großen Kodifikationen aus, die in der neueren Zeit entstanden. Ihren Einfluß zeigt schon das Bayerische Landrecht von 1763, das in pars I, cap. 6. § 12. Ziff. 1 in ausführlicher Aufzählung die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten gegeneinander abgrenzt.

Besonders stark ist die Einwirkung der naturrechtlichen Doktrinen auf das Eherecht des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, das schon sehr moderne Züge trägt. Es gibt in den §§ 174—183 des Teil II, Titel 1 gleichfalls eine eingehende Aufzählung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Gatten.

Besonders interessant ist das preußische Recht durch die Auseinandersetzung zwischen der überkommenen patriarchalischen, die eheherrliche Machtstellung des Mannes sanktionierenden Eheordnung und den neuen individualistischen, folgerichtig auch auf die persönliche Rechtsstellung der Frau anzuwendenden Anschauungen. Hier hält ALR. II, 1, § 184 an der patriarchalischen Auffassung zwar als Grundsatz fest: Der Mann ist das Haupt der Familie. Der Absatz II des § 184 bringt jedoch eine dem individualistischen Denken entsprechende Einschränkung: Nur in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten des Ehelebens soll die Stimme des Mannes den Ausschlag geben. Seine eheherrliche Gewalt findet ihre Grenze an der persönlichen Sphäre der Frau. — Die Frau erhält den Familiennamen und den Stand des Mannes (§§ 192 und 193). Sie ist zur Leitung des Hauswesens verpflichtet, aber noch nicht dazu berechtigt (§ 194). Sie hat zu den gewöhnlichen Haushaltsgeschäften die Schlüsselgewalt (§§ 321; 324). — Dagegen empfängt die Frau vom ALR. weder die volle Prozeßfähigkeit (II, 1, § 189), noch die volle Geschäftsfähigkeit (II, 1 §§ 320 ff., 389 ff.). Das ALR. gibt dem Manne noch echte Mundialrechte an der Person der Frau — § 196 erklärt Verbindlichkeiten der Frau, durch die solche Rechte gekränkt werden, für ungültig, sofern der Mann nicht zustimmt — jedoch sind diese Rechte im Interesse der Frau gesetzlich festgelegt und sachlich begrenzt. Die

innere Organisation, die das ALR. der Ehe gibt, stellt sich sonach als ein Kompromiß zwischen patriarchalischer und individualistischer Eheordnung dar. Einen vollen Sieg trugen die rationalistischen Ideen dagegen in anderer Richtung davon. Einmal wurde die Ehescheidung weitgehend erleichtert. Insbesondere ließ das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen auch Scheidung bei gegenseitiger Einwilligung und einseitiger Abneigung zu (ALR. II, 1 §§ 716—718 b). — Andrerseits kennt das preußische Recht keine Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Die neue Auffassung führte dazu, daß „der Gesetzgeber den Schutz der ehelichen Gemeinschaft kaum mehr als eine seiner Aufgaben gelten ließ." (Egger, Bem. 1 zu Art. 169 Schweiz. ZGB.)

Der Machtanspruch der Kirche, die im Interesse der geschlossenen Einheit des Ganzen Eingriffe des Staates in die persönlichen Lebensbeziehungen der Gatten sanktionieren konnte, verlor im allgemeinen Rechtsgefühl seine innere Berechtigung, seit der naturrechtliche Individualismus seine Herrschaft angetreten hatte. Die Anwendung von Zwangsmitteln zur Herstellung des ehelichen Lebens wurde in durchaus modernen Rechtserwägungen als unvereinbar mit dem sittlichen Wesen der Ehe betrachtet. Das Preußische Obertribunal kommt daher bei einem die Zulässigkeit einer solchen Klage auf Verwirklichung der Ehegemeinschaft verneinenden Urteil zu dem Ergebnis: „Es könne der Richter weder berechtigt noch verpflichtet sein, ein Urteil zu fällen, dessen Vollstreckung nicht zu ermöglichen sei[31])." —

Der französische code civil von 1804[32]), der 1809 in Baden als badisches Landrecht Geltung erhielt und in Teilen Westdeutschlands[33]) geltendes Recht war, zeigt in der Ordnung der persönlichen Beziehungen der Gatten noch einen wesentlichen strengeren Charakter als das preußische Recht. Auch er versucht zunächst, den ehelichen Lebensinhalt zu definieren. Das VI. Kapitel von Buch I, Titel 5 des code civil trägt die Überschrift: „Des droits et des devoirs respectifs des époux" und beginnt mit der Bestimmung: „Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance."

31) OB. Tribunal Bd. 58, S. 409; Rehbein, Entsch. des Obertribunals, Bd. 4, S. 39.

32) Vgl. dazu „Zivilgesetze der Gegenwart", Bd. I, 1. Hälfte (Heinsheimer und andere).

33) So in der preußischen Rheinprovinz, in der bayerischen Rheinpfalz, in Rheinhessen und Birkenfeld.

(Art. 212). — Im übrigen wird insbesondere die eheherrliche Gewalt des Mannes entwickelt. Art. 213 schreibt vor: „Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari." Aus dieser Vorschrift leitet die französische Wissenschaft und Praxis die puissance maritale des Mannes ab. Eine nähere Regelung im einzelnen erfährt das Prinzip des Art. 213 im Art. 214: Die Frau ist verpflichtet, bei dem Manne zu wohnen und ihm überallhin zu folgen, wo er seinen Aufenthalt zu nehmen für gut findet; der Mann ist verpflichtet, sie aufzunehmen und ihr alles, was für die Bedürfnisse des Lebens erforderlich ist, nach seinem Vermögen und seinem Stande zu gewähren." Das Bestimmungsrecht des Ehemanns über Wohnort und Wohnung ist unabdingbar (Art. 1388). Allerdings muß nach der französischen Rechtsprechung das vom Manne gewählte Domizil angemessen sein. Nach der deutschen Praxis (RG. Bd. 30, S. 316) konnte die Frau das Zusammenleben mit dem Manne verweigern, wenn es ihr nach Lage des Falles nicht mehr zugemutet werden konnte, und den Unterhalt in Geld verlangen. Ungerechtfertigte Weigerung der Frau dagegen berechtigte den Mann zur Entziehung des Unterhalts. In Frankreich gewährt die neuere Rechtsprechung bei tatsächlicher Trennung (séparation de fait) Geldunterhalt für die verlassene, ausgeschlossene, oder wegen Ehewidrigkeiten des Mannes sich fernhaltende Frau (Heinsheimer zu Art. 212—214 a. a. O. und dort zitierte Judikatur). — Über das Namensrecht der Ehefrau enthält der code keine Vorschrift. Das Gesetz beschränkt sich vielmehr darauf, die tatsächliche Lebensübung, derzufolge die Frau den Namen des Mannes führt, implicite anzuerkennen. So bestimmt Art. 299, Abs. II: „In Wirkung der Scheidung nimmt jeder Ehegatte den Gebrauch seines Namens wieder auf." Auch im Falle der Trennung von Tisch und Bett kommt das zum Ausdruck. Das Urteil kann hier der Frau untersagen, den Namen ihres Ehemanns zu tragen oder sie ermächtigen, ihn nicht zu tragen (Art. 311, Abs. I). Da die Frau vom Gesetze den Namen des Mannes nicht empfängt, so ist es ihr folgerichtig auch überlassen, ihren praktischen Bedürfnissen entsprechend den eigenen Namen dem Namen des Manes hinzuzufügen oder statt dessen ein Pseudonym zu führen. Daß auch der Ehemann seinem Namen den der Frau hinzufügen kann, ergibt sich aus Art. 311, Abs. I, Satz 2: In diesem Falle kann die Frau bei Trennung von Tisch und Bett verlangen, daß dem Manne die Führung ihres Namens untersagt wird.

Eine Klage auf Verwirklichung der Ehegemeinschaft hat der code civil nicht vorgesehen. Doch hat die französische Rechtsprechung, wie Heinsheimer a. a. O. mitteilt, eine Klage auf Herstellung der Gemeinschaft ausgebildet[34]). Der praktische Hauptfall ist die Klage der verstoßenen Frau auf Wiederaufnahme in die Ehegemeinschaft (Art. 214). Das Urteil ist durch Geldstrafen vollstreckbar.

Die „puissance maritale sur la personne de la femme" kommt besonders in der „incapacité de la femme mariée", in der Beschränkung ihrer Geschäfts- und Prozeßfähigkeit durch den Mann zum Ausdruck. Die Frau kann ohne Ermächtigung des Mannes nicht vor Gericht stehen („ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari"), selbst wenn sie Handelsfrau ist oder ohne Gütergemeinschaft oder in Gütertrennung lebt (Art. 215). Ebenso kann sie grundsätzlich keine selbständigen Verfügungen oder Veräußerungen vornehmen, noch etwas unter unentgeltlichem oder entgeltlichem Titel erwerben (Art. 2177). Sie bedarf dazu der Mitwirkung des Mannes oder seiner schriftlich erklärten Zustimmung. Auch die Fähigkeit, sich selbständig, ohne Mitwirkung des Mannes zu verpflichten, fehlt der Frau: Art. 1124 bezeichnet sie geradezu als „incapable de contracter". Die Ermächtigung des Mannes kann allerdings vom Gericht ersetzt werden, wenn sie grundlos verweigert wird (Art. 218, 219). — Diese Geschäftsbeschränkung der Ehefrau war naturgemäß der Entwicklung der Schlüsselgewalt sehr hinderlich, doch haben Wissenschaft und Praxis in beschränktem Maß geholfen. Sie haben der Frau auf Grund einer fiktiven stillschweigenden Ermächtigung des Mannes die Befugnis zur Vornahme der Haushaltgeschäfte zuerkannt. Auch im Falle tatsächlichen Getrenntlebens soll sie für stillschweigend ermächtigt gelten, die für ihre Lebensbedürfnisse notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen.

Die Rechtsstellung, die das preußische und namentlich das französische Recht der Frau in der Ehe zuwiesen, hat mehrfach scharfe Kritik erfahren. Es wurde beiden Kodifikationen mangelnde Folgerichtigkeit vorgeworfen. Die Ideen des Individualismus, der Freiheit und Gleichheit seien im Eherecht nicht verwirklicht worden. Hinsichtlich der persönlichen Rechtsstellung der Gatten habe der Reformeifer versagt. Das gelte namentlich für das französische Gesetzbuch, das einerseits die Feudalordnung endgültig und radikal beseitige und

34) Vgl. Heinsheimer in „Zivilgesetze der Gegenwart", Bd. I. 1. Hälfte, Bem. z. Art. 214 c. c.

andererseits eine wahrhaft mittelalterliche Familienorganisation begründe[35]). Es ist nun gewiß zuzugeben, daß das Eherecht des ALR. starke patriarchalische Züge trägt und daß der code civil die patriarchalische Auffassung noch erheblich schärfer durchführt. Der Grund dafür liegt darin, daß die Emanizipation der Frau und ihre rechtliche Gleichstellung in der Ehe nicht zu den Forderungen der Zeit gehörte. Egger weist bei seiner Kritik der beiden Kodifikationen selbst darauf hin, daß weder Rousseau aus seiner Gleichheitslehre diese Folgerung gezogen hat, noch die großen Vertreter des deutschen Idealismus, Kant und Fichte, eine ethische Grundlage für die Gleichberechtigung der Frau erkennen konnten. Hat doch Fichte in seiner „Grundlage des Naturrechts“[36]) geradezu gelehrt: „Die Frau muß sich dem Manne unterwerfen um des Bestandes ihrer eigenen Ehe willen“ und also den Gedanken der Unterordnung der Frau als ethisch berechtigt anerkannt. — Der Kampf zwischen der patriarchalischen und der die Geschlechter gleichstellenden Eheauffassung reicht vielmehr bis auf unsere Tage herab und ist noch keineswegs ausgetragen.

Dagegen entsprach das ursprünglich Scheidungsrecht des code civil (Art. 229—233) den Ideen der Revolution, die weitgehende Erleichterung der Ehescheidung gefordert hatte. So gestattete der ehemalige Art. 233 die Scheidung „par consentement mutuel“[37]). Die Restauration beseitigte dann durch Gesetz vom 8. Mai 1816 die Ehescheidung überhaupt und ersetzte sie durch eine bloße Trennung. Dieser Rechtszustand galt, bis durch Gesetz vom 27. Juli 1884 das Scheidungsrecht des code, unter Streichung der Scheidung durch Vertrag, wieder eingeführt wurde. — Den Gedanken der Revolution folgte der code civil auch in der Einführung der obligatorischen Zivilehe (Art. 63 ff.), die in Frankreich erstmals durch das Gesetz vom 20. September 1792 geltendes Recht geworden war. Die deutschen Kodifikationen hatten diesen Schritt noch nicht getan. Die obligatorische Zivilehe wurde in Deutschland erst durch das aus dem Kulturkampf geborene Reichspersonenstandsgesetz von 1875 einheitlich sanktioniert.

---

35) Vgl. namentlich Marianne Weber, „Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung“, 1907, S. 298 ff., 301 ff.; Neustadt, „Kritische Studien zum Familienrecht“, Bd. I (1907), S. 112, 117; Siehe auch Egger, Kommentar, Vorbem. 1 zu Art. 158 Schweiz. ZGB.

36) Jena, 1796.

37) Die Scheidung par consentement mutuel war zuerst durch das Gesetz vom 20. September 1792 in Frankreich eingeführt worden.

Dieses Gesetz entzog übrigens auch der Kirche die Gerichtsbarkeit in Ehesachen, soweit sie diese damals noch besaß.

Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811, das vor dem Inkrafttreten des deutschen BGB. auch in einem kleinen Teile Bayerns galt, ist heute noch in Deutsch-Österreich geltendes Recht. Es kennt, wie das preußische Allgemeine Landrecht, keine Klage zur Geltendmachung der durch das Gemeinschaftsverhältnis der Ehegatten begründeten Rechte und Pflichten. Nach österreichischem Recht haben „vor allem beide Teile eine gleiche Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht, Treue und anständigen Begegnung" (§ 90 ABGB.)[38]. Dazu kommt noch die Verpflichtung zu gegenseitigem Beistande (§ 44). Diese Verpflichtungen sind demnach nicht bloß sittliche, sondern Rechtspflichten, deren Verletzung Rechtswirkungen (Scheidung, Trennung, beim Ehebruch auch Strafe) nach sich ziehen kann, die jedoch nicht durch Klage geltend gemacht werden können[39]. — In der inneren Organisation der ehelichen Gemeinschaft ist der Mann das Haupt der Familie. Er hat das Recht, das Hauswesen zu leiten (§ 91). Diese dem Manne zustehende rechtliche Macht über die Handlungen seiner Frau ist, „wenn auch schwächer als die väterliche und elterliche Gewalt, eine familienrechtliche Gewalt, die als wahres Privatrecht auch gerichtlich geltend gemacht werden kann, doch mit Rücksicht auf die Natur des Verhältnisses nicht durch die Klage im Prozeßweg, sondern auf Beschwerde eines Teils im außerstreitigen Verfahren"[40]. Also nur soweit die eheherrliche Gewalt des Mannes in Frage steht, gewährt das österreichische Gesetzbuch Rechtshilfe, auch dann aber lediglich durch Anrufung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. — Kraft der ehelichen Genossenschaft teilt die Frau Namen, Stand und Wohnsitz des Mannes (§ 92). Als Haupt der Familie kann der Mann von der Frau fordern, daß sie ihm an den von ihm bestimmten Wohnsitz folge, sofern er ihr selbständig Wohnung und Unterhalt verschaffen und sie ohne Vermögens-, Leib- und Lebensgefahr folgen kann. Ebenso kann er verlangen, daß sie ihm bei der Haushaltung und beim Erwerb nach Kräften beistehe

38) Nicht mit Unrecht spricht Wolff (a. a. O. Bd. II, 2, § 31) hier von „schulmeisternden Allerweltsweisheiten". Tatsächlich werden mit solchen Formeln die integrierenden Lebensbeziehungen auch nicht annähernd gekennzeichnet.

39) u. 40) Vgl. dazu Robert Mayr, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 4. Buch (Familienrecht), S. 34 ff. und dort Zitierte. Erschienen im Verlag Gebrüder Stiepel; 1922).

und, soweit es die häusliche Ordnung erfordert, die von ihm getroffenen Maßnahmen selbst befolge und befolgen mache (§ 92; vgl. dazu Mayr, Lehrb. a. a. O.).

Das BGB. für das Königreich Sachsen, verkündet 1863, in Kraft gesetzt am 1. März 1865, zeigt sich in seinem Eherecht stark vom preußischen ALR. beeinflußt, namentlich hinsichtlich der persönlichen Rechtsstellung der Gatten in der Ehe. — Das Bestimmungsrecht des Mannes über Wohnort und Wohnung ist hier in Übereinstimmung mit Art. 1388 code civil unabdingbar (§ 1692). Der Mann hat der Frau Unterhalt zu gewähren (§ 1634). Die Fälle, in welchen die Frau die eheliche Folge verweigern darf, hat das Gesetz einzeln aufgezählt (§ 1636).

Die veränderte Eheauffassung und die ihr folgende moderne Rechtsentwicklung wirkten sich auch in der gemeinrechtlichen Praxis des 19. Jahrhunderts aus. Die vom katholischen und protestantischen gemeinen Eherecht anerkannte Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verlor unter dem Einfluß der modernen Rechtsgedanken ihre Vollstreckbarkeit. Die Vollstreckung des Herstellungsurteils mit Zwangsgewalt wurde als „unzweckmäßiges Mittel zur Wiedervereinigung der getrennten Ehegatten" endgültig fallen gelassen (vgl. Urteil des Oberappelationsgerichts Flensburg vom 20. 2. 1867 in Seuff.Arch. Bd. XX, S. 320). Eine unbedingte, bis zur willenlosen Unterwerfung fortgesetzte Nötigung ist nach dieser Entscheidung als mit dem sittlichen Wesen der Ehe unvereinbar zu betrachten. — Es hatte sich also der Gedanke durchgesetzt, daß das sittliche Wesen der Ehe selbst Rücksicht auf die Individualität der Gatten verlange. — Im übrigen wurde namentlich die Folgepflicht der Frau von der Rechtsprechung im einzelnen geregelt (Seuff.Arch. Bd. I, Nr. 237; Bd. XX, Nr. 43; Bd. XXVI, Nr. 134; Bd. XLV, Nr. 102). Ein dauernder Verzicht auf eheliche Gemeinschaft war nichtig (Bd. XXXII, Nr. 325).

Ein interessantes Gegenstück zu dieser Entwicklung des Eherechts im 19. Jahrundert bietet das englische Eherecht[41]). Das Gesetz fordert hier die Aufrechterhaltung der Ehegemeinschaft in der ehelichen Wohnung. Dieses Recht auf Ehegemeinschaft konnte im Prozeßweg verwirklicht werden. Grundlose Verweigerung der Ge-

41) Vgl. hiezu Goldberg bei Leske und Löwenfeld, „Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr", Bd. 4, S. 487 ff.

meinschaft gibt dem verletzten Gatten die Klage auf Herstellung der ehelichen Rechte (restitution of conjugal rights). Rechtsquellen für diese Klage sind die Matrimonial Causes Acts von 1857 und 1884. Die Klage erscheint als ein an den Divorce Court gerichteter Antrag auf gerichtlichen Befehl zur Wiederherstellung der Ehegemeinschaft. Der Klage können alle Verfehlungen des Klägers entgegengesetzt werden, die eine Scheidungsklage des Beklagten rechtfertigen würden. Es findet sich hier also derselbe Rechtsgedanke, wie im § 1353, Abs. II, Satz 2 des deutschen BGB. — Es ist bezeichnend für die strengere Auffassung des englischen Eherechts, daß die Befolgung des Rückkehrbefehls bis zum Jahre 1884 erzwungen werden konnte. Erst durch den erwähnten Matrimonial Causes Act von diesem Jahre wurde die Erzwingbarkeit abgeschafft. Seither gilt die Nichtbefolgung des Rückkehrbefehls als ungerechtfertigte bösliche Verlassung und gibt so einen Grund zur gerichtlichen Trennungsklage.

Besondere Beachtung erfordert im Rahmen dieser Arbeit das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs von 1907[42]), das in vielfacher Beziehung mit dem Eherecht des BGB. verwandt ist, in anderer Hinsicht wieder Verschiedenheiten zeigt, jedenfalls aber als jüngere Kodifikation dem Rechte des BGB. gegenüber die allgemeinen Tendenzen der weiteren Rechtsentwicklung veranschaulicht und so eine fruchtbare Vergleichung ergibt. Die hier in erster Linie interessierenden, das Gemeinschaftsleben der Gatten betreffenden Normen hat das ZGB. im 5. Titel des II. Teils (Art. 159 ff.) unter derselben Überschrift zusammengefaßt, die das BGB. den entsprechenden Vorschriften der §§ 1353 ff. gibt: „Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen." — Den leitenden Grundsatz für diese allgemeinen Rechtswirkungen der Ehe enthält der Art. 159: „Durch die Trauung werden die Ehegatten zur ehelichen Gemeinschaft verbunden (Abs. I). Sie verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen (Abs. II). Sie schulden einander Treue und Beistand" (Abs. III). — In der Lösung des Problems der juristischen Formung zeigt die schweizerische Regelung hier ihre innere Verwandtschaft mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1353, Abs. I). Sie verzichtet auf den Versuch, die vom Rechte gebotenen ehelichen Pflichten in abstrakter Formulierung einzeln aufzuzählen. Sie beschränkt sich auf eine Grundsatzgesetz-

42) Vgl. dazu Egger, Kommentar, II, (Das Familienrecht) 1914.

gebung, die keineswegs an der Oberfläche haften bleibt, sondern unmittelbar auf das eigentliche Wesen der Ehe abstellt und so den Anschauungen und Bedürfnissen des Lebens Geltung zu verschaffen sucht.

In der juristischen Konstruktion der ehelichen Gemeinschaft zeigt das schweizerische Recht jedoch, wie noch auszuführen sein wird, eine Verschiedenheit gegenüber dem Recht des BGB. Dieses beschränkt sich darauf, den Gatten einen Inbegriff von Pflichten aufzuerlegen, deren Erfüllung sie sich gegenseitig schulden (§ 1353, Abs. I BGB.). Der schweizerische Gesetzgeber dagegen wollte die Auffassung der Ehe als einer Gemeinschaft, als einer lebendigen Einheit der Gatten auch in der Struktur der ehelichen Verhältnisse zum Ausdruck bringen. So findet der Rechtsgedanke der ehelichen Genossenschaft seine Verwirklichung. Die eheliche Gemeinschaft wird den Ehegatten als Einzelpersonen übergeordnet. Ihr haben beide Ehegatten zu dienen. Diesen sich täglich erneuernden Dienst der Eheleute an der Gemeinschaft betrachtet das Schweizer Recht als den Kernvorgang, als die Kernsubstanz des ehelichen Lebens, als seine „Integration", um mit Smend zu sprechen.

Um der ehelichen Gemeinschaft Leben und Entwicklung zu sichern, gibt ihr das Gesetz eine eigene Organisation. Da die Ehegemeinschaft der Zusammenschluß von nur zwei Menschen ist, so muß, um in Zweifelsfällen eine einheitliche Willensbildung zu ermöglichen, einer der Genossen verstärkte Rechte haben. „Im Wesen der Organisation liegt Differenzierung", sagt treffend Egger. Ein solcher organisierender Rechtssatz ist der Art. 160: „Der Ehemann ist das Haupt der Gemeinschaft" (Abs. I). „Er bestimmt die eheliche Wohnung und hat für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen" (Abs. II). — Der Inhalt der Rechtsstellung, die der Mann als Haupt der Gemeinschaft vom Art. 160, Abs. I ZGB. erhält, ist ein Entscheidungsrecht in den gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten, das jedoch nicht mißbraucht werden darf[43]). Das sachliche Ergebnis stimmt hier also mit der Vorschrift des § 1354 BGB. überein[44]). Der Ehemann ist auch im Außenverhältnis, gegenüber Dritten, der Vertreter der Gemein-

43) Vgl. dazu Egger, Komm. Bem. 1 zu Art. 160.

44) So schon M. Rümelin: „Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch" (Jahrb. für Gesetzgebung, 25. Jahrgang, III. Heft, S. 66). Nach ihm folgt das Verbot des Mißbrauchs (§ 1354, II BGB.) hier schon aus der Pflicht der Gatten zu einträchtigem Zusamenwirken (Art. 159).

schaft, da diese auch nach außen als Einheit gedacht wird. Der Mann verpflichtet dabei unter jedem Güterstand nur sich selbst (Art. 162, Abs. II). Seine Funktionen als Vertreter der Gemeinschaft bestimmen sich nach deren Bedürfnissen. Er vertritt die Gemeinschaft in allen Angelegenheiten, die den „durch den gemeinsamen Haushalt bedingten Verkehr" betreffen[45]).

Der Unterschied der schweizerischen Regelung gegenüber der des BGB., wie die Verwandtschaft der beiden Gesetzbücher ist ersichtlich. Auch das BGB. enthält den modernen Rechtsgedanken der ehelichen Lebensgemeinschaft; es gestaltet diese jedoch auf vorwiegend individualistischer Grundlage. Es stellt die Gatten einander selbständig gegenüber und verbindet sie lediglich durch einen Inbegriff von Pflichten „zur ehelichen Lebensgemeinschaft", deren Erfüllung dem anderen Teil in Person geschuldet wird (§ 1353, Abs. I BGB.). Die schweizerische Regelung trägt zwar ebenfalls individualistische Züge. Sie stellt die Gatten ebenfalls als selbständige, grundsätzlich gleichberechtigte Träger der ehelichen Gemeinschaft nebeneinander. Sie verwirklicht aber durch den Rechtsgedanken einer den Gatten als Einzelpersonen übergeordneten ehelichen Gemeinschaft ein Eherecht mit starkem kollektivem Einschlag.

Was die Rechtsstellung der schweizerischen Frau in der Ehe im besonderen angeht, so empfängt sie vom ZGB. zunächst den Familiennamen und das Bürgerrecht des Mannes (Art. 161, Abs. I). Ihre organisatorischen Funktionen innerhalb der Gemeinschaft bestimmt der Art. 161 in Abs. II und III: „Sie steht dem Mann mit Rat und Tat zur Seite und hat ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen. Sie führt den Haushalt." Diese Vorschriften entsprechen im wesentlichen dem § 1356 BGB., der die Frau ebenfalls zur Hausleitung berechtigt und verpflichtet (Abs. I) und ihr Mitarbeit im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes zur Pflicht macht, wenn dies nach den Lebensverhältnissen der Gatten üblich ist (Abs. II). — Bei der Vertretung der Gemeinschaft im Außenverhältnis ist die schweizerische Frau zur Mitwirkung berufen. Sie hat „in der Fürsorge für die laufenden Bedürfnisse des Haushalts die Vertretung der Gemeinschaft neben dem Ehemann" (Art. 163, Abs. I). Ihre Handlungen verpflichten den Ehemann, insofern sie nicht „in einer für Dritte erkennbaren Weise über diese Fürsorge hinausgehen" (Art. 163, II). Die Schweizer Frau erhält also, wie die deutsche, vom

45) Vgl. dazu Egger, Komm. Bem. 1 zu Art. 160.

Gesetz die Schlüsselgewalt zur Durchführung der ihr übertragenen Haushaltsleitung (§ 1357, Abs. I BGB.). — Mißbrauch des Schlüsselrechts durch die Frau berechtigt den Mann zu dessen Entziehung bzw. Beschränkung (Art. 164 ZGB. verglichen mit § 1357, II, S. 1 BGB.). Die Schlüsselgewalt kann vom Richter wiederhergestellt werden (Art. 165). Eine Anrufung der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet zu diesem Zweck nicht statt (anders in Deutschland nach § 1357, Abs. II, S. 2 BGB.).

Den Rechtsschutz der Ehegemeinschaft regelt in erster Linie der Art. 169 ZGB.: „Ist ein Ehegatte gegenüber der Gemeinschaft pflichtvergessen, oder bringt seine Handlungsweise den anderen in Gefahr, Schande oder Schaden, so kann dieser den Richter um Hilfe angehen" (Abs. I). „Der Richter hat den pflichtvergessenen Ehegatten an seine Pflicht zu mahnen und trifft nach fruchtloser Mahnung die zum Schutze der Gemeinschaft erforderlichen Maßnahmen" (Abs. II).

Das Schweizer Recht steht also auf dem Standpunkt, daß ein spezifisch eheerhaltender Rechtsschutz der Ehe vorhanden sein muß. Dabei ist, worauf Rümelin hinweist[46]), von großem Interesse, zu beobachten, „in welchem Umfang in dem demokratischen Gemeinwesen der Schweiz bei aller Betonung der persönlichen Freiheit des Staatsbürgers ein bevormundendes und erzieherisches Eingreifen der Staatsgewalt ertragen wird". — Die „weiteren Maßregeln", zu denen gegriffen werden kann, wenn die richterliche Mahnung erfolglos bleibt, enthalten die Art. 170 und 171: Je nach Lage des Falles kann die vorübergehende Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes — unter Regelung der beiderseitigen Unterhaltspflicht — verfügt werden. Es können ferner alle Schuldner angewiesen werden, an die Frau zu zahlen, wenn der Mann die Sorge für Weib und Kind vernachlässigt. Zur Maßregelung der Frau im besonderen können, wie Rümelin ausführt[47]), in Betracht kommen: Entziehung der Schlüsselgewalt (Art. 163) und Entziehung bzw. Verweigerung der Bewilligung, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben (Art. 167). — Zulässig sind auch solche Maßnahmen, die sich nur indirekt aus dem Gesetz ergeben, sofern sie zur Durchführung der ausdrücklich vorgesehenen Maßregeln erforderlich sind, wie die Zuteilung der Kinder, die Herausgabe von

46) M. Rümelin, „Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns" (Rede), Tübingen, 1908, S. 10 ff.

47) M. Rümelin: „Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch" (Jahrbuch für Gesetzgebung, 25. Jahrgang, III. Heft, S. 67).

Hausrat u. ä.[48]). Rümelin hebt nun in Würdigung dieser indirekten Zwangsmaßnahmen mit Recht hervor, daß der Gesetzgeber hier den größeren Reichtum an Mitteln durch Verschiebung der Grenzen des Privatrechts erreicht hat, insofern jene in erster Linie ergehenden Verwarnungen durch den Zivilrichter öffentlich-rechtlichen Charakter tragen, daß aber gerade darin der große Vorzug dieser Regelung liegt, daß der Gesetzgeber sich „um solche zum Zweck der Systematisierung aufgestellte Grenzlinien nicht gekümmert hat“[46]). Ein formalistischer Streit darüber, ob das in der Ehe liegende öffentlich-rechtliche Element diese Regelung rechtfertigt, wäre natürlich verfehlt; vielmehr kann es nur auf die Zweckmäßigkeit der Mittel ankommen, sofern dadurch nicht schutzwürdige Interessen verletzt werden.

Hier wird immer wieder die Frage sich erheben, ob ein derartiges richterliches Eingreifen in die persönlichen Lebensbeziehungen der Gatten nicht eher schädlich als heilsam wirken muß. Doch wird gerade hier alles darauf ankommen, ob der Richter, dem das Gesetz so großes Vertrauen erweist, den Einzelfall richtig würdigt und geschickt und taktvoll eingreift. Ungeschicktes Eingreifen kann gewiß großen Schaden anrichten. Das zeigt das von Rümelin a. a. O. gewählte Beispiel: die Frau eines rohen Trunkenbolds kann man geradezu der Lebensgefahr aussetzen, wenn man ihr die Einkassierung der Schulden überträgt. Allein „in verständiger Hand werden diese Bestimmungen unzweifelhaft segensreich wirken können“[49]). In diesem Falle werden dann auch die praktischen Ergebnisse durch den Reichtum und die Mannigfaltigkeit der dem Richter an die Hand gegebenen Mittel nur gewinnen.

Über den dargestellten indirekten Zwang hinaus ist jedoch eine zwangsweise Vollstreckung als dem Wesen der Ehe widersprechend ausgeschlossen[50]).

Das Verfahren wird durch das kantonale Recht geregelt. Die Kantone sehen durchweg ein vereinfachtes, beschleunigtes, summarisches Verfahren vor, womit den Bedürfnissen des Lebens auch am besten gedient wird. Der Richter trifft die Anordnungen auf einseitiges Begehren. Die Anhörung der Gegenpartei und die Vernehmung der Zeugen ist bald in das Ermessen des Richters gestellt (so in Appenzell, Neuenburg, Uri, Schwyz), bald obligatorisch, sofern nicht Gefahr

48) Egger, Komm. Bem. 4 b zu Art. 169 ZGB.

49) So Rümelin a. a. O., dem Egger, Bem. 1 b zu Art. 169 beistimmt.

50) So Egger, Bem. 5 c zu Art. 169, wonach auch die Anwendung des kantonalen Exekutionsrechts durchweg ausgeschlossen ist.

im Verzug ist (so in Basel, Bern, Glarus, Nidwalden). Als sehr zweckmäßig wird man mit Egger die Übertragung des Offizialprinzips auf dieses Verfahren bezeichnen: So verlangt Obwalden materielle Wahrheitserforschung und bindet den Richter nicht an die Parteibehauptungen. Gegen die Verfügungen des Richters gewähren die Kantone teils einen Rekurs innerhalb 5 oder 10 Tagen, teils die Überleitung ins ordentliche Verfahren [51]).

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch die jüngste und von den bisher erwähnten grundverschiedene Kodifikation des Eherechts dargestellt: Das Ehegesetz der Sowjetunion von 1926, dem sich auch das Ehegesetz der Ukrainischen Sowjetrepublik von 1926 und der Weißrussischen Sowjetrepublik von 1927 in allem Wesentlichen angeschlossen haben [52]). Das heutige russische Eherecht beruht auf der revolutionären Gesetzgebung, die mit der früheren „bourgeoisen" völlig brechen und ein neues „proletarisches" Eheideal kommunistischer Prägung verwirklichen will. — Das Recht des Zarenreichs hatte die Ehe als religiöse Einrichtung mit bürgerlichrechtlichen Wirkungen aufgefaßt und die Eingehung und Auflösung der Ehe den Normen der verschiedenen Bekenntnisse unterstellt (Art. 61 und 90 der alten Zivilgesetze). Mit dieser kirchenrechtlichen Auffassung hat die kirchenfeindliche Sowjetgesetzgebung natürlich gebrochen. Schon das „Gesetzbuch betr. Personenstandsurkunden, Ehe-, Familien- und Vormundschaftsrecht" von 1918 hat die Ehe entkirchlicht, indem es die obligatorische Eheschließung vor dem Standesamt und die freie — standesamtliche oder gerichtliche — Ehescheidung auf Antrag eines Gatten eingeführt hat. Das Ehegesetz von 1926 geht darüber hinaus. Es will die Ehe nicht nur der kirchlichen, sondern auch der staatlichen Einwirkung entziehen. Als Ideal wird eine staatsfreie, anarchische Ehe gedacht. Das Ehegesetz kennt daher zwei Formen rechtsgültiger Ehe: Die erste beruht ausschließlich auf der privaten Einigung der Ehegatten. Liegt diese vor, so ist die Ehe geschlossen. Die zweite Form ist die rein faktische Ehe, die sich auch ohne Vertrag der Partner allmählich — gewöhnlich aus einem bloßen Liebesverhältnis — entwickelt. In diesem Falle wird das Vorliegen einer Ehe aus schlüssigen Handlungen der Beteiligten gefolgert, nämlich aus der Tatsache, daß sie in „ehelichen Beziehungen" leben. Das Gesetz erläutert diesen Be-

51) Siehe dazu Egger, Bem. 5 b zu Art. 169.

52) Vgl. dazu „Zivilgesetze der Gegenwart", Bd. 6, Abt. I (Freund).

griff. Nach Art. 11 ist die faktische Gemeinschaft eine Ehe, wenn entweder die Beteiligten sich „gegenseitig als Ehegatten anerkennen", oder aber, „wenn das Vorhandensein ehelicher Beziehungen zwischen ihnen vom Gericht nach den Merkmalen der tatsächlichen Gestaltung ihres Lebens festgestellt ist" (Art. 11). Als Beweismittel nennt das Gesetz in Art. 12 die Tatsache gemeinschaftlichen Zusammenlebens, insbesondere wenn dabei eine gemeinsame Hauswirtschaft geführt wird, die Bekundung ehelicher Beziehungen gegenüber dritten Personen in Briefen oder anderen Urkunden, gegenseitige materielle Unterstützung, gemeinsame Erziehung der Kinder u. ä. — Eine Registrierung der Ehe durch das Standesamt ist jederzeit möglich (Art. 3), aber völlig freigestellt: Sie hat keinerlei konstitutive Wirkung, sondern schafft lediglich ein Beweismittel für das Vorhandensein der Ehe (Art. 2). Einen Ersatz für die Registrierung der Ehe bietet die im Art. 11 vorgesehene Klage auf Feststellung des Bestehens der Ehe. Diese Klage stellt einen praktisch höchst wichtigen Rechtsbehelf dar insbesondere in den Fällen, in denen Dritten oder dem Staate gegenüber nachgewiesen werden muß, daß eine Ehe besteht oder bestanden hat (so bei Erbschaftsforderungen, bei Ansprüchen aus der Sozialversicherung gegen den Staat und in ähnlichen Fällen). Das der Klage stattgebende Urteil steht in der Wirkung der Registrierung völlig gleich.

Auch das Scheidungsrecht beruht auf dem Gedanken der Entstaatlichung der Ehe. Diese kann durch beiderseitige Übereinkunft der Gatten, wie auch „auf den einseitigen Wunsch irgendeines von ihnen" jederzeit aufgelöst werden (Art. 18). Auch hier kann, wie bei der Eheschließung, durch Registrierung — und zwar auch im Falle einer nicht registrierten Ehe — oder durch gerichtliche Feststellung ein Beweismittel für die Tatsache der Scheidung geschaffen werden (Art. 19 und 20). — Die Mitwirkung des Staates ist also bei der Schließung und der Scheidung der Ehe rein fakultativ: Der Staat hält sich lediglich zur Schaffung eines Beweismittels durch standesamtliche Beurkundung bzw. durch gerichtliche Feststellung bereit. Jedenfalls zeigt sich in dieser fakultativen Mitwirkung, daß der sowjetrussische Gesetzgeber den Gedanken der staatsfreien Ehe angesichts starker praktischer Bedürfnisse nicht bis zur letzten Konsequenz durchführen konnte.

Das Minimum an Rechtssicherheit, das durch diese staatliche Mitwirkung gesichert werden kann, hat jedoch insofern immer nur relativen Wert, als es den Beteiligten ja freisteht, sich nach der Registrierung oder gerichtlichen Feststellung ihrer Ehe jederzeit zu scheiden, bzw.

sich nach Registrierung oder Feststellung ihrer Scheidung wiederzuverheiraten, so daß der im Zeitpunkt der Registrierung oder Feststellung erbrachte volle Beweis (Art. 2) für die Zeit nachher zu einer bloßen widerlegbaren Vermutung wird. Andrerseits dürfte eine sichere Abgrenzung von Konkubinat und faktischer Ehe gerade in den Zweifelsfällen, um die es sich hier vorzugsweise handeln wird, trotz der vom Gesetz gegebenen Erläuterungsbeispiele praktisch oft unmöglich sein. Diese Regelung muß also zu einer unbeschreiblichen Verwirrung der russischen Ehe- und Familienverhältnisse führen, selbst wenn von der Mitwirkung der staatlichen Organe Gebrauch gemacht wird. Der Bericht von Kammergerichtsrat Dr. Schlesinger über „Familie und Ehe in der Sowjetunion“ [53]) enthält über diese Fragen nichts.

Die persönlichen Wirkungen der Ehe regeln die Art. 7 ff. im 3. Kapitel des Gesetzes unter der Überschrift „Rechte und Pflichten der Ehegatten“. Diese Normen beruhen auf dem Prinzip größtmöglicher Freiheit der Gatten auch untereinander und auf dem Gedanken völliger Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe. So kann jeder Gatte seinen bisherigen Namen weiterführen, oder aber mit dem anderen Gatten die Führung eines gemeinsamen Namens vereinbaren [54]) (Art. 7). Die Gatten geben bei der Registrierung darüber eine Erklärung ab, die für die Ehe maßgebend bleibt. — Die Staatsangehörigkeit wird von der Registrierung nicht berührt; jeder Gatte behält die seinige bei (Art. 8). „Beide Gatten genießen volle Freiheit der Beschäftigungen und des Berufes. Die Ordnung der Führung eines gemeinsamen Hausstandes wird im beiderseitigen Einvernehmen der Gatten festgesetzt. Eine Änderung des Wohnsitzes seitens eines der Ehegatten begründet für den anderen Ehegatten nicht die Pflicht, ihm zu folgen.“ (Art. 9).

In allen diesen Beziehungen ist die Frau dem Manne durchaus gleichgestellt. Dieser hat kein Entscheidungsrecht für den Zweifelsfall, die Frau keine Folgepflicht. Läßt sich bei Meinungsverschiedenheiten eine Einigung nicht erreichen, so soll die Ehe lieber in die Brüche gehen, als daß sie auf Kosten der freien Selbstbestimmung eines Teiles fortbesteht. — Eine Pflicht zur ehelichen Treue gibt es nicht.

---

53) In „Die Justiz“, Band V, Heft 5 (Januar 1930), S. 228 ff.

54) Dagegen ist die Verbindung der Familiennamen beider Gatten zu einem Doppelnamen nicht statthaft; anders das ukrainische Gesetz (Art. 121) und das weißrussische Gesetz (Art. 18), die das gestatten.

Der Begriff des Ehebruchs ist dem Zivil- und Strafrecht unbekannt[55]). — Irgendein staatliches Eingreifen zur Aufrechterhaltung der Ehe ist bei diesen Grundsätzen selbstverständlich ausgeschlossen. So scheint das Gesetz die Gatten in atomistischer Isolierung nebeneinanderzustellen und durch nichts zu verbinden, als das gemeinsame Interesse am Bestande der Ehe. Doch hat der Gesetzgeber immerhin, wie sich aus dem erwähnten Art. 12 ergibt, eheliches Zusammenleben, die Führung einer gemeinschaftlichen Hauswirtschaft und die Äußerung ehelicher Beziehungen gegenüber Dritten als normale Merkmale der Ehe vorausgesetzt und so „vermieden, die Ehe jeden Inhalts zu entkleiden“[56]). Auch hat nach Art. 14 der bedürftige, arbeitsunfähige Ehegatte, gleichgültig ob Mann oder Frau, ein Unterhaltsrecht gegen den anderen Ehegatten, wenn dieser nach richterlicher Feststellung zur Unterhaltsgewährung in der Lage ist. Dieser Unterhaltsanspruch kann im gewöhnlichen Verfahren verfolgt werden. Das Urteil ist vollstreckbar. — Denselben Unterhaltsanspruch hat ein arbeitsfähiger bedürftiger Gatte, wenn er arbeitslos ist. — In diesen Vorschriften soll zum Ausdruck kommen, daß das Sowjetrecht die Ehe als eine „Lebens- und Arbeitsgemeinschaft“ auffaßt[57]). Trotzdem ist eine so außerordentlich lose Verbindung nach unseren Anschauungen ganz ungeeignet zur Gestaltung der Ehe als der Grundlage der Familie und des volklichen und staatlichen Gemeinschaftslebens überhaupt. Diese Regelung trägt den staatlichen Notwendigkeiten, wie wir sie sehen, keine Rechnung. Sie gibt vielmehr den asozialen und egoistischen Trieben des Einzelnen freie Bahn. Das gilt namentlich von der schrankenlosen Scheidungsmöglichkeit, die der Ehe den Boden unter den Füßen wegzieht und ihren Bestand gegebenenfalls der Laune eines Gatten opfert. Die Destruktion des Familien- und Volkslebens durch zu häufigen Gebrauch des freien Scheidungsrechts braucht hier nicht näher gekennzeichnet zu werden. Unser Gemeinschaftsbewußtsein, unser Verantwortungsgefühl gegenüber Volk und Familie verlangt vielmehr einen angemessenen Ausgleich zwischen der persönlichen Freiheit der einzelnen Gatten und den Notwendigkeiten der Ehegemeinschaft. — Auch die Gleichsetzung von Konkubinat und Ehe widerspricht unserem sittlichen Gefühl, wie auch die ungehinderte Möglichkeit des Mißbrauchs der Ehe zu vorübergehenden Geschlechts-

55) Vgl. dazu Freund a. a. O. S. 27, Bem. 1 zu Kapitel 3.
56) Vgl. dazu Freund a. a. O. S. 27, Bem. 1 zu Kapitel 3.
57) So Freund a. a. O. S. 27, Anm. 1 d und Schlesinger a. a. O. S. 233.

verbindungen. In einem solchen Eherecht vermögen wir keinen Fortschritt zu erblicken, sondern nur einen Rückschritt, eine Rückentwicklung zum freien hetärischen Zustand, schließlich auch zu polygynischen und polyandrischen Formen.

Demgegenüber ist es höchst beachtenswert, daß Schlesinger auf Grund persönlicher Feststellungen in Rußland nicht nur keine sittliche Verwilderung, sondern im Gegenteil einen Fortschritt im Stand der öffentlichen Sittlichkeit gegenüber der Zeit des Zarentums erblicken zu können glaubt[58]). Die Gesetzgebung des neuen Regimes habe keine familien- und ehezerstörende Wirkung gehabt. Es muß jedoch sehr seltsam berühren, wenn Schlesinger, um diese These zu stützen, rühmend hervorhebt, daß durchschnittlich mehr als die Hälfte der vors Standesamt tretenden Paare zum erstenmal heirate. Aus diesem Prozentsatz lassen sich doch schwerlich besonders günstige Schlüsse auf die Wirkungen des neuen Rechtes ziehen. Wenn Schlesinger weiter sagt, in den verschiedenartigsten Bevölkerungsschichten seien die Ehescheidungen nicht häufig, so beweist auch diese Tatsache nichts zugunsten der Gesetzgebung des Sowjetstaats, dagegen alles für die unerschöpfliche Lebenskraft der Einehe. Sie zeigt außerdem, welch starkes Korrektiv des Rechtes hier die Sitte bildet. Irgendwelche Sicherheit für eine gesunde Weiterentwicklung ist damit jedoch nicht gewonnen. Wenn die Faktoren, die sie bisher aufrechthielten, einmal im Volksbewußtsein ihre Kraft verlieren, so bietet das Recht keinen Damm gegen eine auflösende Entwicklung.

In scharfem Widerspruch zu den Beobachtungen, die Schlesinger in Rußland gemacht haben will, steht übrigens die grundlegende Darstellung und Kritik des kulturellen Lebens in Sowjetrußland von René Fülöp-Miller[59]). Dieser Schriftsteller, dessen Streben nach streng objektiver Darstellung der russischen Verhältnisse aus jeder Seite hervortritt, spricht von den „vernichtenden Wirkungen der neuen Sitten auf das Ehe- und sonstige Familienleben". „Die Auffassung von dem Begriff der Ehe und die neuen Gesetze über Heirat und Scheidung haben tiefgreifende Umwälzungen in dem Verhältnis von Mann und Weib hervorgerufen." Insbesondere sei die bedeutende Erleichterung der Ehetrennungen von unabsehbaren Konsequenzen begleitet gewesen. Durch die Tatsache, daß das Eheband schon dann

58) Vgl. a. a. O. S. 234.

59) René Fülöp-Miller: „Geist und Gesicht des Bolschewismus" (Amaltheaverlag. Wien. 1928).

hinfällig werde, wenn sich auch nur ein Teil von ihm lossage, sei nicht nur das russische Eheleben „unübersichtlich und verwirrt" geworden, sondern es seien dadurch auch die freien Beziehungen der Geschlechter aufs ungünstigste beeinflußt worden. Zur Erläuterung zitiert der Verfasser einen Bericht der offiziösen „Prawda" über das Liebesleben der russischen studierenden Jugend, die ihre Grundsätze für umso kommunistischer halte, „je mehr sie sich der äußersten, sozusagen animalischen Primitivität näherten". Es gelte für indiskutabel, sich irgendwelche Beschränkungen in Liebesdingen aufzuerlegen. Eine Studentin, auf welche die Wahl eines Studenten falle, müsse unweigerlich gehorchen, was vielfach zu einem Terror der jungen Burschen ihren Kameradinnen gegenüber führe. Der dritte Punkt in diesem System habe auch sein Prinzipielles: Es erscheine in Gestalt des Arztes, der die Schwangerschaft unterbricht. In dieser schwülen sexuellen Atmosphäre gedeihen die Selbstmorde. — Die „Prawda" schildert namentlich die Leiden der Mädchen unter diesen Umständen; sie erwähnt den Fall eines ganz jungen Mädchens, das nach zwei Abtreibungen einen Antrag abwies und hierfür mit Beschimpfungen belohnt wurde. — Als typisch wird auch ein Fall geschildert, wo zwei sechzehnjährige Väter mit einem „Kollektivkind" im Findelhaus erschienen seien. — Fülöp-Miller fügt hinzu, daß es in Sowjetrußland keine öffentliche Kritik gebe und alle Zeitungsberichte über derartige Vorgänge von der Regierung beeinflußt seien. Nur so sei es zu erklären, daß man immer nur tadelnde Worte über die „bourgeoisen Schambegriffe", nie aber unbefangene Urteile über die beispiellose Verlotterung und deren unabsehbare schädigende Wirkung auf die Jugend finde. — Wenn man sich jetzt noch vergegenwärtigt, daß nach dem neuen Ehegesetz Geschlechtsverbindungen wie die geschilderten unter entsprechenden Voraussetzungen als zwar nur faktische, aber vollgültige Ehen angesehen werden müssen, so kann man sich einen Begriff von der gänzlichen Umkehrung der sittlichen Werte und der ungeheuerlichen Zerrüttung der russischen Familie machen. Gewiß werden sich noch weite Volksteile, namentlich wohl unter der Landbevölkerung, vor diesen Gefahren bewahrt haben und ein gesundes Familienleben führen. In solchen Kreisen mag auch Schlesinger seine günstigen Beobachtungen gemacht haben. Doch zeigen die von Fülöp-Miller gekennzeichneten düsteren Zustände, in welches Chaos die neuen Auffassungen und der neue Rechtszustand das russische Familienleben stürzen, soweit es nicht selbst die Kraft hat, sich davor zu retten.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß es auch im Eherecht, wie in anderen kulturellen Fragen, einer wirklichen „Umwertung aller Werte" und einer völligen Auflösung unseres Kultursystems — oder aber eines gewaltsamen Umsturzes und der terroristischen Diktatur einer Minderheit bedürfte, um russische Rechtszustände bei uns einzuführen.

Dritter Abschnitt.

Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft nach dem BGB.

Fünftes Kapitel.

Das allgemeine Prinzip des § 1353 BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt im 5. Titel des I. Abschnitts des Familienrechts (§§ 1353 bis 1362) die „Wirkungen der Ehe im allgemeinen". Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß es sich hier um solche Wirkungen handelt, die die Ehegatten mit dem Abschluß der Ehe unmittelbar und unabhängig von ihrem Güterstande treffen. An der Spitze steht die Vorschrift des § 1353:

> „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet." (Abs. I.)
>
> „Stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar, so ist der andere Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten. Das gleiche gilt, wenn der andere Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen." (Abs. II.)

Die Anwendung der eingangs für die Auslegung des Rechtes der Ehegemeinschaft entwickelten Grundsätze führt zuerst zu der Frage nach dem integrierenden Gehalte dieser Bestimmung. Die Frage so stellen, heißt sie historisch stellen. Denn die Erfassung des integrierenden Sinngehaltes einer Rechtsnorm setzt die Erkenntnis des von ihren Verfassern zugrundegelegten Wertsystems voraus, das sie zum Ausdruck bringen soll. Diese Erkenntnis wird jedoch nur dadurch möglich, daß die grundsätzlichen Wertungen, von denen die Gesetzesverfasser ausgingen, als organischer Bestandteil des zur Zeit der Entstehung des Gesetzes in der Volksgemeinschaft herrschenden Ideengehaltes be-

griffen werden. Das gilt besonders hier, wo es sich um die Mächte des sittlichen Volkslebens handelt, die das Recht erfassen soll. Hier kann sein integrierender Gehalt nur im Zusammenhang mit dem Ethos des Volkes ermittelt werden, wie es zur Zeit der Kodifikation des Gesetzes lebendig war. —

Die Berechtigung dieser Methode ist allerdings bestritten. Mehrfach wurde an Stelle des Erforschens der vom historischen Gesetzgeber zugrundegelegten Wertungen eine rein „objektive Gesetzesauslegung" gefordert, da es nur auf den „Willen des Gesetzes", nicht auf den des Gesetzgebers ankomme. Mit Fug führt Rümelin demgegenüber aus, daß die Berechtigung zur historischen Fragestellung im ganzen nur der bestreiten kann, der das Recht lediglich aus der Tiefe seines Bewußtseins schöpfen will und demnach entweder das Gesetz nur als einen Vorschlag an das autonome Rechtsbewußtsein der Gemeinschaftsglieder betrachtet, die aufgestellten Rechtssätze gefälligst anzunehmen, oder in ihm nur die möglicherweise falsche und dann unverbindliche Formulierung des wahren, sei es durch Vernunfterwägungen zu ergründenden oder durch das Rechtsbewußtsein der Gemeinschaftsglieder sanktionierten Rechts sieht [60]). — Eine Gesetzesauslegung, die ausschließlich auf den Geist der Zeit abstellen wollte, in welcher die Rechtsanwendung erfolgt, würde in der Luft hängen. Wie soll eine rein „objektive" Methode der Gesetzesauslegung diejenigen Lebensbedürfnisse der Rechtsgemeinschaft erkennen, welche die Entstehung des Gesetzes bedingt haben und zu deren Wahrung das Gesetz bestimmt ist? — In dieser Frage hat namentlich Heck mit ausführlicher Begründung auf die bei unhistorischer Auslegung mit Sicherheit zu erwartende Vereitelung des Gesetzes hingewiesen [61]). Er hebt treffend hervor, daß auch die Rechtsgemeinschaft durch die Gesetze ganz bestimmte Wirkungen erreichen will, wie jeder einzelne, der bewußt handelt, seinen Zweck erreichen will, auch wenn seine Handlung in der Erteilung von Geboten besteht. Die legislativen Interessen der Rechtsgemeinschaft an der Erreichung ihrer Zwecke aber werden geschädigt, wenn diese Zwecke sich nicht verwirklichen. Der Verzicht auf die historische Auslegung bewirkt aber unabwendbar die Vereitelung des angestrebten Erfolgs des Gesetzes. „Denn die Interessen, die durch das Gesetz geschützt werden sollen, sind eben historische, d. h. reale

60) Vgl. „Die Gleichheit vor dem Gesetz", S. 26, Anm. 1.

61) Heck, „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz" (Tübingen, J. C. B. Mohr, 1914) S. 59 ff.

Größen. Es sind Wünsche, Strebungen vorhanden gewesen in dem Bewußtsein wirklicher Menschen. Diesen realen Interessen ist nicht damit gedient, daß eine juristische Kunstlehre dem Richter ganz andere Begehrungen und Güter als Ideal und als Richtschnur seines Urteils vorspiegelt[62])." — In gleich überzeugender Weise legt Heck dar, daß die Sicherung der legislativen Erfolgsinteressen durch Anwendung der historischen Forschungsmethode nicht deshalb unmöglich sei, weil unsere modernen Gesetze kollektive Vertretererklärungen sind, daß im Gegenteil die Bedingungen einer solchen Erkenntnis für die Hauptzüge besonders günstig liegen. Einmal werden die Zwecke des Gesetzes vorher in Literatur und Presse erörtert. Andrerseits wird der Entwurf gewöhnlich von Motiven begleitet und die kausalen Interessen in den Verhandlungen des Parlamentes und seiner Kommissionen eingehend erörtert. — Hier ergibt sich die Frage nach dem Wert der Gesetzesmaterialien für die Gesetzesauslegung. Gewiß zeigen diese mitunter Mängel der sachlichen Behandlung und der Überlieferung. Trotzdem darf auf sie nicht verzichtet werden. Denn es ist „empirische unbezweifelbare Wirklichkeit, daß die Gemeinschaftsinteressen durch Vermittlung der in den Gesetzesmaterialien bezeugten Vorgänge den Gesetzestext verursacht haben"[63]). Zum gleichen Ergebnis führt die spezielle juristische Erfahrung. Mit Recht sagt Heck, daß die Kenntnis der Entstehungsgeschichte in hohem Grade geeignet ist, ein historisch richtiges Verständnis für die kausalen Interessen und für die von den gesetzgebenden Menschen erstrebten Zwecke zu vermitteln[64]). Gerade unter diesem Gesichtspunkt werden die Materialien hier besonders große Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes haben, wo es sich um die Erkenntnis ethischer Wertungen der Rechtsgemeinschaft handelt, die das Gesetz zur Geltung bringen soll, wo die Rechtsordnung ein Ideal der Rechtskultur der Verwirklichung zuführen will, wenn und soweit nämlich die Materialien das zugrunde liegende Wertsystem zum Ausdruck bringen. —

Im übrigen haben Rümelin und Heck nachgewiesen, daß der „Wille des Gesetzes", auf welchen die objektive Theorie abstellt, in Wirklichkeit nur eine schädliche Fiktion ist. Die Vertreter der objektiven Theorie können sich, wie Rümelin ausführt, klar gesehen, entweder auf den Wortlaut des Gesetzes berufen, der sicher niemals die einzige Grund-

62) Vgl. Heck, a. a. O., S. 60.
63) Heck, a. a. O. S. 113.
64) Vgl. Heck, a. a. O. S. 114.

lage der Auslegung sein kann [65]). Oder man kann den Sinngehalt des Gesetzes darin suchen, was die Mehrheit der Rechtsgenossen darunter versteht. In diesem Fall wird man, wie Rümelin sagt, allerdings die Erfahrung machen, daß die Laien in streitigen Fällen entweder gar nichts, oder aber sehr verschiedenes zu verstehen pflegen. Schließlich kann man auf das richterliche Rechtsbewußtsein abstellen und opfert dann in allen Fällen die Rechtssicherheit dem richterlichen Subjektivismus [66]). Die Gefahren des unkontrollierten Subjektivismus von Richtern und Laien müssen vermieden werden. Mit Recht weist Rümelin darauf hin, daß Herkunft, Erziehung und Umwelt, wie auch Vorurteile des Standes und der sozialen Stellung das Rechtsgefühl von Richtern und Laien mißleiten können. Daher bedarf das Gefühlsurteil stets einer Kontrolle durch das „zweckbewußte Denken", einer Nachprüfung „in erster Linie an den Bestimmungen des Gesetzes selbst, die stets einen Niederschlag reicher Rechtserfahrung und wohlabgewogener Interessenwertung enthalten werden, in zweiter an dem objektiven Maßstab, den das Rechtsbewußtsein des Volkes oder der beteiligten Kreise ergibt" [67]).

Es ist also daran festzuhalten, daß die Gesetzesauslegung in erster Linie die den Geboten zugrunde liegenden, historisch nachweisbaren Interessenwertungen und Erfolgsvorstellungen des Gesetzgebers zu erforschen hat. „Der Gesetzgeber" ist dabei nicht als Fiktion, sondern als Realität aufzufassen, als die „zusammenfassende Bezeichnung für diejenigen Gemeinschaftsinteressen, welche in dem Gesetze zur Geltung gelangt sind" [68]). —

Damit soll die Rechtsgewinnung natürlich nicht auf den Gesichtskreis und die Gebotsvorstellungen der Entstehungszeit des Gesetzes

---

65) Rümelin, „Die Gleichheit vor dem Gesetz", S. 27 und ausführlich Heck, a. a. O.

66) Rümelin, a. a. O. S. 27.

67) Rümelin in „Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts" (Dritter Münchener Vortrag), Arch. ziv. Prax., Bd. 2 der Neuen Folge, S. 311 ff.

68) Heck, a. a. O. S. 64. Anders beispielsweise Stammler, der den Willen des Gesetzgebers psychologisch faßt und deshalb die bei der Gesetzgebung beteiligten Menschen für den Gesetzgeber hält, nach dessen Willen — unter „Transponierung" auf die Anwendungszeit — gefragt ist (Theorie der Rechtswissenschaft, S. 615). Gegen ihn treffend Heck, a. a. O. S. 66 und Anm. 91. — Auch in Beziehung auf die Entstehungszeit sind diese Menschen nur Vertreter der Gemeinschaftsinteressen.

beschränkt werden. Mit der geforderten historischen Erkenntnis muß die normative Fortbildung des Rechtes untrennbar verbunden sein. Diese Forderung wurde ja schon eingangs begründet. Das Endziel ist gewiß die Wahrung der Lebensbedürfnisse der Gegenwart. Diese normergänzende Gebotsbildung, das schöpferische Element der Rechtsgewinnung, sichert die Harmonie, den lebendigen Einklang von Lebenswirklichkeit und Sinnordnung und ermöglicht allein die Umsetzung des normativen Sinnsystems in integrierende Lebensvorgänge. Die Aufgabe der Rechtsfortbildung stellt das Leben der Rechtsprechung und der Wissenschaft. Sie wird durch ihre Zusammenarbeit gelöst. „Über dem Komplex der geschichtlich erkennbaren legislativen Gebotsvorstellungen erhebt sich ein stets wachsender Überbau von Geboten, welche dieser bildenden Tätigkeit ihre Entstehung verdanken und sich im Leben durchsetzen [69])." Gerade für diese bildende Tätigkeit ist aber die historische Forschung die unerläßliche Voraussetzung. Sie führt zwar nicht zu der „Fülle von Sollvorstellungen", welche die Rechtsgewinnung beherrschen, sie bietet jedoch „die unentbehrliche Grundlage und die weithin maßgebenden Richtlinien für den stolzen Bau der Rechtsfortbildung" [70]).

Daß die gesetzliche Normierung des Integrationsprozesses der Ehegemeinschaft das Gebot ihrer ergänzenden und fortbildenden Auslegung in sich selbst trägt, ist bereits dargelegt. Hier verlangen schon die fließenden sittlichen und sozialen Integrationsfaktoren die Berücksichtigung der Anschauungen der Auslegungszeit neben der Erkenntnis des ursprünglichen Sinnes der Gesetzesworte. Die zugrundeliegenden Wertungen können sich verändert haben. Jedoch wird man, wie Rümelin bemerkt, in solchen Fällen, wo ein Wechsel des integrierenden Sinngehaltes in Frage steht, mit größter Vorsicht bei der Rechtsgewinnung zu Werke gehen müssen. Man wird hier „den Nachweis solcher Veränderungen abwarten dürfen" und namentlich dann jede gewaltsame Lösung sorgfältig vermeiden müssen, „wenn bestimmte rechtliche Formulierungen der Ausdruck eines Kompromisses zwischen verschiedenen im Kampf miteinander liegenden Interessenrichtungen sind" [71]). Diese Grundsätze werden hier namentlich in allen die Rechtsstellung der Frau in der Ehegemeinschaft betreffenden Fragen zur Anwendung kommen müssen.

69) Heck, a. a. O. S. 103.
70) Heck, a. a. O. S. 104.
71) M. Rümelin, a. a. O. S. 28.

Eine Untersuchung der hier dem Gesetze zugrunde liegenden prinzipiellen Wertungen in ihrer Bedeutung als Ausdruck der allgemeinen Ideenzusammenhänge und als Funktion des Kultursystems muß davon ausgehen, daß die Ehe der modernen europäischen Kulturwelt die Einehe ist. Die Einehe ist ihrer Idee nach die auf Verwirklichung vollkommener Lebensgemeinschaft gerichtete Verbindung von Mann und Frau. In dieser Form ist sie integrierender Bestandteil des modernen Kulturlebens, wie auch die anderen großen Institute des Privatrechts: Vertragsfreiheit, Eigentum, elterliche Gewalt, Erbrecht. — In der vollen Lebensgemeinschaft der Gatten erblickt die moderne Auffassung das Kriterium der Ehe gegenüber anderen Geschlechtsverbindungen. In dieser Gestalt ist sie von der Rechtsordnung anerkannt und sanktioniert. Für die Entwicklung der dem Recht des BGB. zugrundeliegenden Eheauffassung war namentlich das 19. Jahrhundert von Bedeutung. Im 18. Jahrhundert hatte die Lehre des Naturrechts an Stelle der geschlossenen Form der älteren Lebensgemeinschaft ein rationalisiertes Vertragsverhältnis der Gatten gesetzt und eine individualistische, der Einzelpersönlichkeit der Gatten möglichst weiten Spielraum lassende Regelung gefordert. Die Herrschaft dieser Gedanken hat dann zu der geschilderten beträchtlichen Erleichterung der Ehescheidung im preußischen und französischen Recht geführt. Dies ist wichtig, da das Scheidungsrecht immer ein getreues Spiegelbild der Eheauffassung und der vom Gesetzgeber zugrundegelegten rechtskulturellen Wertungen ist. Im 19. Jahrhundert vollzog sich ein Umschwung. An Stelle der unhistorischen, isolierenden Anschauung des Naturrechts trat, namentlich auch unter dem Einfluß der historischen Rechtsschule, eine geschichtlich begründete Eheauffassung, die der organischen Verbundenheit der Ehe mit dem staatlichen und kulturellen Leben und ihrer sozialen Bedeutung als Grundlage der Familie Rechnung trug. Diese organische und soziale Betrachtungsweise führte zu dem Postulat möglichster Festigung des ehelichen Bandes durch einen angemessenen Ausgleich zwischen der Individualsphäre der Gatten und den Interessen der Ehegemeinschaft und namentlich durch eine Erschwerung der Ehescheidung. Die letztere Tendenz trat in Preußen schon in den Versuchen Friedrich Wilhelms IV. und Savignys, das Scheidungsrecht des Landrechts zu reformieren, in Erscheinung [72]).

---

72) Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei Treitschke, „Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert", 5. Band (1840—1848). 1894.

Diese Bestrebungen blieben allerdings erfolglos, weil der König auch in dieser Frage eine unglückliche Hand hatte und nicht die notwendige Festigkeit zeigte. Auch das Reichspersonenstandsgesetz von 1875 änderte an der landesrechtlichen Regelung nichts. Erst das BGB. bringt eine einheitliche reichsrechtliche Normierung des Eherechts.

Das neue Gesetzbuch zeigt sich im allgemeinen stark beeinflußt von den Grundsätzen des zu seiner Entstehungszeit in Deutschland herrschenden Liberalismus. Dieser zeigt ausgesprochen individualistische Züge. Freies Spiel der Kräfte, freie Entfaltung der Einzelpersönlichkeit sind seine Forderungen. Im Eherecht aber wurde das Prinzip des „Laissez faire, laissez aller" nicht durchgeführt. Hier zeigt sich eine auf möglichste Festigung und Erhaltung der Ehe gerichtete Intention des Gesetzgebers, der diesem Ziele auch die individuellen Interessen der Gatten weitgehend unterordnet. Die Entwürfe zum BGB. gehen davon aus, daß die Ehe als Grundlage der Familie und damit des Staates zu dem Staate in naher Beziehung stehe und daraus Recht und Pflicht des Staates folge, die Bedingungen für die Eingehung und Auflösung der Ehe festzusetzen und den rechtlichen Inhalt der durch die Ehe begründeten Beziehungen der Gatten zueinander, zu den Kindern und zu Dritten zu ordnen[73]). Dieser konservativen Grundeinstellung des Gesetzgebers entspricht insbesondere die Regelung der Ehescheidung (§§ 1565—1569), die im Vergleich zu den Partikularrechten bedeutend erschwert ist. Die naturrechtliche Auffassung der Ehe als eines Vertrags der Gatten, die im allgemeinen Rechtsbewußtsein ihren Boden verloren hatte, findet im BGB. keinen Platz. Die Ehe entsteht zwar noch durch einen formalen Vertrag der Gatten vor dem Standesamt, doch sind die Voraussetzungen ihrer gültigen Schließung wie die ihrer Wiederaufhebung fester gesetzlicher Regelung unterstellt. — In der Vorschrift des § 1353, Abs. I führt das Gesetz den dem sittlichen Kulturideal entnommenen Rechtsgedanken der ehelichen Lebensgemeinschaft ein. In den §§ 1354 ff. ordnet das BGB. die persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten im einzelnen. Die Verteilung der integrierenden Funktionen zwischen den Gatten läßt die organische Eheauffassung des BGB. erkennen. —

Grundlegende Bedeutung hat die Vorschrift des § 1353, Abs. I. Ihr Zweck ist nach den Motiven ein doppelter: Einmal soll der rechtliche Inhalt des durch die Ehe zwischen den Gatten begründeten per-

73) Vgl. dazu die Protokolle der 2. Kommission (Bearbeitung von Achilles, Gebhard und Spahn, veröffentlicht 1897 bis 1899), 4. Band Seite 11.

sönlichen Rechtsverhältnisses durch ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck gebracht werden. Andrerseits soll die Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft bei der Befolgung der über die rechtlichen Wirkungen der Ehe im einzelnen gegebenen Rechtsvorschriften als Leitmotiv zur richtigen Begrenzung dienen. Dadurch, daß die Ehegatten als zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet erklärt werden, soll anerkannt sein, daß sie nur zu einer solchen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, die dem Wesen der Ehe als einem vorwiegend sittlichen Verhältnis enspricht und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist. Wie im Obligationenrecht Treu und Glauben, so soll hier das sittliche Wesen der Ehe Grundlage und Maßstab sein, „wovon bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander auszugehen ist“ [74]). —

Diese Erwägungen des Gesetzgebers haben zweifellos im Gesetz ihren Ausdruck gefunden. Damit ist zunächst allgemein gesagt, daß hier kein bloßes Sittengebot vorliegt, sondern Recht gesetzt ist. Die Gebote der Moral verlangen in erster Linie die sittliche Gesinnung, das Wollen des Guten. Hier aber wird ein äußeres Verhalten, ein Inbegriff von Handlungen und Unterlassungen gefordert, die zur Integration der Ehegemeinschaft gehören. Hier liegt ein mit bindender Kraft ausgestatteter Gesetzesbefehl vor, der den ehelichen Integrationsprozeß normiert. Dieser Rechtssatz legt beiden Gatten eine umfassende Rechtsverpflichtung auf, die ihnen mit dem Abschluß der Ehe erwächst. Sie sind „einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet“, d. h. jeder Gatte ist dem anderen Gatten zu allen den Handlungen und Unterlassungen rechtlich verbunden, die durch das sittliche Wesen der Ehe geboten erscheinen. Dieser die Gatten treffenden Rechtspflicht steht ein ihnen erwachsendes subjektives Recht gegenüber. Für jeden Gatten entsteht mit dem Abschluß der Ehe ein unmittelbar auf die Person des anderen Gatten sich beziehendes Familienrecht: Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft. Jeder Gatte kann vom anderen grundsätzlich alle diejenigen Handlungen und Unterlassungen verlangen, die zur Verwirklichung vollkommener ehelicher Lebensgemeinschaft notwendig sind. Dieses den Gatten erwachsende Recht bringt das Gesetz mit aller Klarheit im Absatz II der Stelle zum Ausdruck, wo das Verlangen eines Gatten nach Herstellung der Gemeinschaft dann ausgeschlossen wird, wenn es sich als „Miß-

74) Vgl. dazu Mot. IV, S. 140 ff.; Prot. IV, S. 94; R. T. K. S. 218.

brauch seines Rechtes" darstellt. Hier hat also das Gesetz selbst keinen Zweifel daran gelassen, daß der durch § 1353 begründeten Verpflichtung ein subjektives Recht jedes Gatten auf eheliche Lebensgemeinschaft entspricht. Denn es ist ja nicht etwa so, daß jeder Rechtspflicht notwendig immer auch ein subjektives Recht entspräche. Mit Recht weist Enneccerus darauf hin, daß z. B. jedermann verpflichtet ist, anderer Ehre, Freiheit, körperliche Integrität unangetastet zu lassen, ohne daß darum ein subjektives Recht auf Ehre, Freiheit, körperliche Unversehrtheit angenommen werden müßte, daß namentlich aber dem Staate und anderen öffentlichen Korporationen vielfache Pflichten obliegen (Fürsorge für öffentliche Sicherheit, Schutz des Staatsgebiets usw.), denen kein bestimmter Berechtigter gegenübersteht[75]). Hier jedoch hat das Gesetz das Korrespondieren eines subjektiven Rechts außer Zweifel gestellt. Die Frage, ob es sich dabei um klagbares Recht handelt, soll im siebten Kapitel im Zusammenhange erörtert werden.

Wenn die Partikularrechte versucht hatten, die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten in abstrakter Formulierung einzeln aufzuzählen und so den Inhalt des ehelichen Lebens zu erschöpfen, so hat sich das BGB. von der Erkenntnis leiten lassen, daß diese Methode den Problemen des sittlichen Volkslebens gegenüber, die das Recht hier zu erfassen hat, immer unzulänglich bleiben muß. Auch einer juristischen Definition des Wesens der Ehe enthält sich das Gesetz. Die moderne Rechtsidee der ehelichen Lebensgemeinschaft hat die umfassendste Bedeutung. Sie schließt das ganze Integrationssystem der Ehe in sich, nicht nur einzelne integrierende Funktionen. Zu eng ist dafür also die Definition Kants[76]), der das Wesen der Ehe in dem „lebenswierigen wechselseitigen Besitz der Geschlechtseigentümlichkeiten" erblickte, zu eng auch die mitgeteilte Definition des preußischen ALR., der Hauptzweck der Ehe sei die Erzeugung und Erziehung der Kinder. Das vom BGB. begründete Gemeinschaftsverhältnis erfaßt die Ehe in ihren geistigen, sittlichen und physischen Beziehungen. Der § 1353, I enthält ein immanentes Prinzip, das alle integrierenden Vorgänge der Ehegemeinschaft durchdringt und den grundlegenden Maßstab für ihre Beurteilung ergibt. Die Vorschrift bringt eine hohe legislative Bewertung der individuellen Freiheit zum Ausdruck, die

75) Lehrbuch I, 1, § 67. Anderer Meinung Gierke.
76) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. § 24.

nur durch die Bindung an die ethische Gebotsordnung des Rechtsvolks beschränkt ist. Vorbildlich ist die Verweisung der Rechtsgewinnung auf den Einzelfall, der, gemessen an der sittlichen Volksanschauung, den Rechtsgehalt des Gemeinschaftslebens ergeben soll.

Daß § 1353, I ein solches umfassendes, auf das ethische Wertsystem bezogenes Prinzip enthält, ist jetzt wohl allgemein anerkannt[77]). Andrer Meinung ist mit unzulänglichen Gründen allein Wetzel[78]). Er will für die Bewertung des Gemeinschaftslebens nur einen Maßstab des „Allgemeinüblichen" anerkennen. Damit würde jedoch die Einbeziehung gerade derjenigen rechtskulturellen Wertungen verkümmert, auf deren Erfassung es dem Gesetzgeber nach dem Zeugnis der Motive ankam. Das Gesetz würde eines großen Vorzugs beraubt. Gerade die Sinnbeziehung zum Volksethos ist seine Stärke. „Es kann nicht Aufgabe der Gesetzgebung sein, das zu ignorieren, was dem Volke heilig ist," sagte der Abgeordnete von Bismarck-Schönhausen einmal im preußischen Landtag.

Kann diese Frage nun auch als entschieden gelten, so besteht doch in anderer Richtung noch lebhafter Meinungsstreit. Man fragte sich nämlich, ob das Gesetz alle von der Volksanschauung gebotenen Pflichten als Rechtspflichten betrachtet wissen will. In korrelativer Wendung lautet die Frage, ob das Recht eines Gatten auf eheliche Lebensgemeinschaft die Befugnis umfaßt, von dem anderen Gatten alle diejenigen Leistungen, Handlungen wie Unterlassungen, zu verlangen, die nach der Lebensanschauung zur Integration der Ehe gehören. In dieser Frage ergibt sich eine feste Grenzziehung von selbst aus dem Verhältnis von Recht und Moral. Diejenigen Lebenspflichten, die sich ausschließlich an die innere Gesinnung der Gatten wenden, können niemals mit Rechtscharakter bekleidet sein. So kann eheliche Liebe, obwohl zweifellos sittliche Pflicht der Gatten, niemals Rechtspflicht sein. Nur die in der Außenwelt in Erscheinung tretende Betätigung der ehelichen Gesinnung kann vom Recht geboten werden. Die innere Gesinnung selbst entzieht sich dem Rechte; nur die Sittenpflicht, die auf die Gestaltung des ehelichen Gemeinschaftslebens einwirkt, kann Rechtspflicht sein[79]). Dementsprechend kann ein Gatte

77) Vgl. etwa Staudinger, Planck, Komm. von R.G.Räten, je Bem. 1 zu § 1353. Endemann, Lehrb. II, S. 292; aus der Praxis RG. 87, S. 61.

78) Wetzel, „Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft" im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 26, S. 71 ff.

79) Vgl. dazu Stammler, „Die Lehre vom richtigen Recht" (1902), S. 56 f.

vom anderen auf Grund seines Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft immer nur die äußere Betätigung der rechten ehelichen Gesinnung verlangen. Gewiß erfordert die Integration der Ehegemeinschaft eine bestimmte geistige Haltung der Gatten, einen inneren Zusammenhang, aus dem der tatsächliche Integrationszusammenhang fließt und immer von neuem gespeist wird. Diese Bewußtseinsvorgänge muß das Recht jedoch dem Normengebiet der Moral überlassen. Ein subjektives Recht auf einen solchen Bewußtseinsinhalt wäre, wenn es gesetzlich verkündet würde, praktisch völlig wertlos. Solche wertlose Rechte hat das BGB. aber zweifellos nicht aufgestellt[80]). —

Wieweit erstreckt sich aber die Rechtsverpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft hinsichtlich der auf die Gestaltung des ehelichen Gemeinschaftslebens, auf den tatsächlichen Integrationsprozeß einwirkenden Sittenpflichten? Sind sie alle als Rechtspflichten aufzufassen? — Die Frage wird von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung bejaht. So wollen die Kommentare von Planck und Staudinger und der Kommentar von R.G.Räten (jeweils Bem. 1 zu § 1353) in Ermanglung entgegengesetzter Bestimmungen in jeder Verletzung der aus der ehelichen Lebensgemeinschaft hervorgehenden Pflichten die Verletzung einer Rechtspflicht sehen. Wieruszowski (Handbuch des Eherechts, I, § 2) rechnet unter die vom Gesetz geforderte Lebensgemeinschaft ebenfalls alles, was das Sittengesetz für die Betätigung rechter ehelicher Gesinnung erfordert. Zum gleichen Ergebnis kommt der Kommentar von Meißner (Familienrecht, S. 58), ferner die Dissertationen von Zink[81]) (S. 67), neuerdings von Rutenberg[82]) (§ 8) und Müller[83]) (S. 24). — Denselben Standpunkt vertritt in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht. „Diese Verpflichtung umfaßt alle, auch die nicht im Gesetzbuch besonders hervorgehobenen Pflichten, die sich nach dem Wesen der Ehe aus den persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander ergeben, so die Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft, aber auch zu wechselseitiger Treue und Beistands-

80) Zustimmend Wetzel, a. a. O. S. 73, ferner Gauß, „Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" (1910), S. 13; Weinberg, „Der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens" (1912); S. 2; Sarantakis, „Die eheliche Lebensgemeinschaft" (1919), S. 16.

81) Zink, „Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft" (Würzb. Diss.) 1911.

82) Rutenberg, „Der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens", 1921.

83) Müller, Heinrich, „Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens", 1920 (beides Leipziger Diss., Maschinenschriften).

leistung, zur Gestattung des Geschlechtsverkehrs, zur Leitung des Hauswesens durch die Frau gemäß § 1356 BGB.... Die Vorschrift des § 1353 hat daher Anwendung zu finden ... in allen Fällen, wo irgendeine der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten entspringenden Pflichten verletzt und vom anderen Ehegatten deren Erfüllung verlangt wird." (So RGZ. Bd. 97, S. 286 ff.; vgl. auch Bd. 51, S. 182 ff.; außerdem Urteil vom 8. 10. 08 im „Recht" 1908, Nr. 3429 und 3430; und Urteil vom 28. 3. 12, Warneyers Entsch. 1912, Nr. 262.)

Auch die Entstehungsgeschichte der Stelle spricht für die herrschende Lehre. Nach den Motiven (IV, S. 108) sollen durch den § 1353, Abs. I alle Verpflichtungen, die sich aus der dem Gesetz zugrundeliegenden Auffassung der Ehe für die Ehegatten in ihrem Verhältnis zueinander ergeben, zu Rechtspflichten erhoben werden.

Gegen die herrschende Meinung hat sich zuerst Wetzel gewendet[84]). Seine irrtümliche Ablehnung des sittlichen Maßstabs für die Beurteilung der ehelichen Rechtspflichten führt ihn zu der Folgerung, daß die eheliche Lebensgemeinschaft nichts anderes sei, als ein die Haus-, Haushaltungs- und Geschlechtsgemeinschaft umfassender Zustand. Mit der Prämisse fällt der Schluß. Die dem Gesetz zugrunde liegende Rechtsidee der ehelichen Lebensgemeinschaft läßt sich unter diesen Gesichtspunkten nicht erschöpfen. Wetzels Ansicht bedeutet eine Verkümmerung des legislativen Gedankens und müßte praktisch zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Nach seiner Auffassung könnte das Gesetz nur einen Teil der integrierenden Lebensvorgänge erfassen, wodurch es an Integrationswert verlieren würde. Mit Recht weist RGZ. Bd. 97, S. 286 darauf hin, daß das Gesetz die Gatten nicht zur häuslichen, sondern zur ehelichen Gemeinschaft verpflichte. Wie unzulänglich der Abgrenzungsversuch Wetzels ist, erhellt daraus, daß der ganze Komplex von ehelichen Pflichten, die Wolff (bei Enneccerus, II, 2, § 31) unter dem Begriff der „Freundschaftspflichten" zusammenfaßt, insbesondere also die eheliche Beistandspflicht, dabei unberücksichtigt bleiben müßten.

Sehr beachtenswert sind dagegen die von der herrschenden Lehre abweichenden Ansichten von Endemann und Gauß, die beide das Recht der Ehescheidung zur Abgrenzung der mit Rechtscharakter bekleideten sittlichen Pflichten der Ehegemeinschaft heranziehen. Endemann kommt

84) Vgl. Wetzel, a. a. O. S. 73 ff.

zu dem Ergebnis, daß nur diejenigen ehelichen Pflichten als Rechtspflichten gelten können, deren Verletzung das eheliche Leben zerstört und das Recht zur Scheidung begründet (vgl. Lehrbuch, 2. Band, § 169). Dieser Ansicht ist der Kommentar von Hölder (zu § 1353, S. 148) beigetreten. Auch Joerges[85]) teilt sie. Dieser Schriftsteller entwickelt zunächst im Anschluß an Gedankengänge Stammlers[86]) und unter Verwendung von dessen Terminologie den Standpunkt, der § 1353 enthalte nichts „geformtes", sondern „auszuwählendes" Recht. Im übrigen findet auch er in den Gesetzesvorschriften, die die Scheidungsgründe enthalten, „das Kennzeichen, an der Hand dessen die aus § 1353 hervorgehenden persönenrechtlichen Rechte und Pflichten zu bestimmen sind". Gauß, dem diese Grenzenziehung zu eng erscheint, gelangt in Erweiterung der Gedanken Endemanns zu der Formel, Rechtspflichten seien alle diejenigen sittlichen Pflichten der Ehegemeinschaft, deren Verletzung nach richterlicher Überzeugung zum Entstehen eines Scheidungsgrundes voraussichtlich führen wird[87]).

Beide Ansichten finden jedoch ihre Grundlage im Gesetze zweifellos nicht. Das BGB. hat es nirgends zum Ausdruck gebracht, daß die in den §§ 1565 bis 1569 enthaltenen Scheidungsgründe den Auslegungsmaßstab für eine erschöpfende Bestimmung der vom § 1353 umfaßten ehelichen Rechtspflichten in irgend einer Form ergeben sollen. Mit einer solchen Auffassung wird vielmehr das Verhältnis zwischen dem Scheidungsrecht und dem Prinzip des § 1353, Absatz I durchaus verkannt. Das Prinzip des § 1353 ist durch seinen allgemeinen, umfassenden Charakter ausgezeichnet, es umschließt die integrierenden Lebensbeziehungen der Ehegemeinschaft und die aus ihr sich ergebenden sittlichen Pflichten der Ehegatten in ihrer Gesamtheit. Im Scheidungsrecht hat das Gesetz dagegen aus dem Kreise dieser ehelichen Pflichten diejenigen herausgestellt, deren Verletzung ihm so schwerwiegend erscheint, daß sie die Ehe zerstört und deshalb dem verletzten Gatten das Scheidungsrecht gibt. Das gilt namentlich von der

---

85) Joerges, „Die eheliche Lebensgemeinschaft" (Halle) 1912, S. 26 ff.

86) Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft (1911), S. 576 f., 580 ff. Nach Stammler liegt geformtes Recht nur dann vor, wenn sowohl die rechtlichen Voraussetzungen als auch die rechtlichen Folgen in fest bestimmten Tatbeständen angegeben sind. — Es ist eine Frage der Darstellung, ob man diese Begriffe hier anwendet.

87) Vgl. Gauß, a. a. O. S. 18 ff.

Verpflichtung zur ehelichen Treue und ausschließlichen Geschlechtsgemeinschaft (§ 1565) und zur häuslichen Gemeinschaft (§ 1567). Eine Sonderstellung nimmt in diesem Zusammenhang naturgemäß der Scheidungsgrund wegen unheilbarer Geisteskrankheit des anderen Teils ein, weil hier die Verletzung einer ehelichen Pflicht nicht vorausgesetzt ist, der Scheidungsgrund vielmehr ausschließlich in der Krankheit des betreffenden Gatten liegt (§ 1569). Das Gesetz betrachtet die geistige Gemeinschaft zwischen den Gatten als einen integrierenden Bestandteil der Ehe von so ausschlaggebender Bedeutung, daß es deren dauernde Aufhebung, obwohl nur durch Krankheit verursacht, zum Scheidungsgrund macht. — Gegen die Ansicht Endemanns, Gauß' und Joerges' sprechen im übrigen schon die Motive, nach welchen eine Verletzung der ehelichen Rechtspflichten unter Umständen auch das Recht auf Scheidung begründen kann[88]). Was die Ansicht Endemanns im besonderen angeht, so hat Gauß richtig erkannt, daß sie namentlich gegenüber dem relativen Scheidungsgrund des § 1568 versagt[89]). Unmöglich kann doch eine eheliche Rechtspflicht erst dann verletzt sein, wenn infolge der Verletzung bereits eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten ist, daß dem verletzten Gatten die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann. Auch auf den Scheidungsgrund des § 1566 kann man hinweisen. Soll die durch die Ehe begründete Freundschafts- und Beistandspflicht erst dann Rechtspflicht sein, wenn sie den Gatten verbietet, sich nach dem Leben zu trachten? Hier steht die Meinung Endemanns in offenem Widerspruch mit dem Gesetze. Richtig ist auch der Hinweis Weinbergs auf § 1353, Abs. II, S. 1. Diese Vorschrift, die unten behandelt werden soll, verbietet den Mißbrauch des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft. Ein solches Verbot würde allerdings seinen Sinn verlieren, wenn die Ansicht Endemanns richtig wäre. Würde sich nämlich der Kreis der ehelichen Rechtspflichten darin erschöpfen, dem anderen Teil keinen Scheidungsgrund erwachsen zu lassen, so würde sich im Fall einer solchen Pflichtverletzung das Herstellungsverlangen des Verletzten sicher nie als Mißbrauch seines Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft darstellen. Das Gesetz aber setzt die Möglichkeit eines Mißbrauchs ausdrücklich voraus und schließt für diesen Fall die Verpflichtung zur Gemeinschaft aus.

88) Mot. IV, § 1272.

89) Gauß, a. a. O., S. 17. Wie er auch Staudinger, Bem. 1 zu § 1353.

Auch dem Lösungsversuch von Gauß fehlen Rechtfertigung und Durchführbarkeit. Für das Namensrecht der Frau im Sinn des § 1355 BGB. hat er die Unzulänglichkeit seiner Formel selbst eingeräumt [90]). Außerdem aber verlangt er ganz allgemein vom Richter Unmögliches, wenn er ihm eine Entscheidung darüber zumutet, ob ein bestimmtes Verhalten eines Gatten voraussichtlich zur Entstehung eines Scheidungsgrundes für den anderen Gatten führen wird. So soll der Richter, um ein von Gauß gewähltes Beispiel zu nehmen, darüber urteilen können, ob ein Liebesverhältnis, das ein Gatte mit einer dritten Person zu unterhalten im Begriff steht, voraussichtlich zum außerehelichen Geschlechtsverkehr führen wird. Ohne hellseherische Fähigkeiten wird der Richter das nicht sagen können! Die Entwicklung eines solchen Verhältnisses hängt doch von völlig unberechenbaren Faktoren, Gefühlen, Trieben und Hemmungen ab, über deren Art und Stärke oft die Beteiligten selbst nicht, sicher aber kein Außenstehender urteilen kann. Oder wie soll der Richter darüber entscheiden können, ob ein Gatte, der eine längere Reise antritt, voraussichtlich den anderen Teil wegen böslicher Verlassung scheidungsberechtigt machen wird? Über all das kann er doch nur mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit, nie aber mit Sicherheit urteilen [91]). — Unbrauchbar ist auch der Lösungsversuch von Sarantakis [92]). Dieser will (a. a. O. S. 14) neben den vom Gesetz ausdrücklich genannten nur diejenigen ehelichen Pflichten als Rechtspflichten anerkennen, die aus dem Begriff der Ehe a priori sich ergeben, wie die häusliche und Haushaltungsgemeinschaft, die Geschlechtsgemeinschaft, die Treuepflicht. Der Versuch hier im Weg des Deduktionsschlusses zur Regelung des Einzelfalls herabzusteigen, scheitert jedoch schon daran, daß das Gesetz ganz bewußt keinen Begriff der Ehe aufgestellt hat, sondern induktive Rechtsgewinnung verlangt. Im übrigen würde diese Auffassung die Rechtsanwendung zu der alten Inversionsmethode zurückführen, welche die Begriffe und Formeln, die der Darstellung des Rechtes dienen, zur Gewinnung neuer Normen verwendet. Diese Methode hat Heck entscheidend widerlegt. Die Rechtsgewinnung hat Probleme des Lebens, nicht der juristischen Darstellung zu lösen. Ihr Ziel ist Interessenschutz [93]). Dieses Ziel ließe sich nach der Ansicht von

90) Gauß, a. a. O. S. 40.

91) Gegen Gauß auch Weinberg, S. 7; Rutenberg, § 8; Müller, § 16.

92) Sarantakis, „Die eheliche Lebensgemeinschaft" (Münchner Diss. 1919).

93) Vgl. Heck, „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", S. 71 ff.; „Grundriß des Schuldrechts", Anhang.

Sarantakis nicht befriedigend erreichen. Nicht aus den Lebensbedürfnissen würde er die Ergänzung des Normenvorrats zu gewinnen suchen, sondern aus einem hypostasierten Begriff. Damit wäre auch die angesichts der fließenden Integrationsfaktoren so wichtige Aufgabe der Rechtsfortbildung schwer beeinträchtigt.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also, daß die von der herrschenden Lehre abweichenden Ansichten durchweg unhaltbar sind, diese selbst dagegen den inneren Wahrheitsgehalt wie die Praktabilität der Resultate für sich hat. Auf den hier noch erhöhten Auslegungswert der Motive wurde bereits hingewiesen. Pflicht der Rechtsanwendung ist es daher, den legislativen Gebotsvorstellungen, denen die herrschende Meinung entspricht, besondere Beachtung zu schenken. Nur „Gegeninteressen" können durchschlagen, nicht „Schwierigkeiten begrifflicher Formung", oder „Schlußfolgerungen aus einer anderweit vollzogenen Formulierung" [94]). Hier aber lassen sich keine überwiegenden Gegeninteressen erkennen, die eine Beeinträchtigung der gewollten Gesetzeswirkung rechtfertigen würden. Den Abgrenzungsversuchen der Schriftsteller liegt durchweg der Gedanke zugrunde, die „Schrankenlosigkeit" des § 1353 sei ein Schaden, ein Fehler des Gesetzgebers. Namentlich könnten Lappalien nicht Rechtspflichten sein. Das verstoße gegen den Grundsatz „Minima non curat praetor". Nach Dernburg [95]), der jedoch selbst keine Abgrenzung versucht, dürfen „die tausendfältigen Fragen des täglichen Lebens", von denen Planck im Reichstag sprach [96]), nicht „mit Rechtscharakter bekleidet sein". „Sie dürfen nicht zu einem rechtlichen Sollen vergröbert werden," sagt Gauß [97]) in Übereinstimmung mit Endemann. — Diese Einwände können jedoch gegenüber den großen Vorzügen der gesetzlichen Regelung nicht ins Gewicht fallen. Eine exakte Formulierung von Tatbestand und Rechtsfolge war hier der Fülle des Lebens gegenüber unmöglich. Eine Einengung des Prinzips durch begriffliche Formulierung war weder möglich noch erwünscht. Jede solche Abstraktion hätte den Integrationswert des Gesetzes herabgemindert, hätte es unzulänglich gemacht gegenüber Wandlungen des repräsentierten Wertsystems, veränderten sittlichen Anforderungen an die Gatten, neuen sozialen Lebensbedürfnissen und Problemstellungen. Der rechts-

94) Heck, „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", S. 72.
95) Deutsches Familienrecht, (Halle) 1908.
96) Reichstagsbericht, S. 594.
97) S. Gauß, a. a. O. S. 14.

schöpferische Wert des Prinzips wird sich bei der Würdigung der Rechtsprechung zeigen. Die auf die Lebenstotalität gerichtete Norm kann die Lebensäußerungen und Fortbildungen der Ehegemeinschaft in ihrer Gesamtheit erfassen, wobei sie in Einklang mit der Lebensanschauung zu bleiben vermag und Anpassung an den Einzelfall sichert.

Sechstes Kapitel.

Die Grenzen der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft.

Der Gesetzgeber konnte der auf das Ethos der Rechtsgemeinschaft gegründeten Verpflichtung des § 1353, I keine unbedingte Geltung beilegen. Es mußten vielmehr feste gesetzliche Schranken gezogen werden für solche Fälle, wo angesichts des ehewidrigen Verhaltens eines Gatten dem anderen die Aufrechterhaltung der Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann. Diesem Bedürfnis entspricht Abs. II des § 1353: „Stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar, so ist der andere Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten. Das gleiche gilt, wenn der andere Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen." Das Gesetz gibt also zwei selbständige Tatbestände, deren Vorliegen in jedem Falle die Verpflichtung zur Gemeinschaft beendet. Dasselbe gilt für das korrelative Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft. Unter den in § 1353, Abs. II genannten Voraussetzungen besteht überhaupt kein solches Recht mehr. Die mißverständliche Fassung der Stelle darf nicht täuschen. Nach dem Wortlaut müßte man annehmen, daß nicht dem Recht auf Ehegemeinschaft objektive Schranken gezogen werden, sondern daß für bestimmte Fälle ein Leistungsverweigerungsrecht begründet wird. Die auf das Wesen der Ehe abstellenden grundsätzlichen Wertungen kommen im Wortlaut nicht klar zum Ausdruck. Maßgebend ist der sittliche Gemeinschaftsgedanke. Er bildet Norm und Schranke der vom § 1353, Abs. I umfaßten Rechte. Daher kann es sich in § 1353, Abs. II „nicht um den Mißbrauch eines vorhandenen Rechtes, sondern um die Anmaßung eines nicht vorhandenen Rechtes handeln" [98]).

Die in Satz 1 des Abs. II enthaltene Vorschrift wurde erst vom Entwurf II zum BGB. aufgestellt. Sie entspricht nach Inhalt und

98) So mit Recht R.G.RäteKomm. Bem. 3 zu § 1353, ähnlich Endemann Lehrb. II, 2, S. 8, zustimmend auch Joerges, a. a. O. S. 30.

Methode dem Abs. I des § 1353. Auch sie stellt ein allgemeines Prinzip auf, das auf die Volksanschauung verweist. Auch hier ist auf die Einführung abstrakter Kriterien verzichtet. Das Gesetz gibt eine elastische Generalklausel. Damit sichert es sich auch für die Frage, wann ein solcher „Mißbrauch" vorliegt, alle Vorteile, die für den Abs. I dargelegt wurden. Der Entwurf I hatte eine besondere Beschreibung des Mißbrauchs als „jedes mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbaren Verlangens" gegeben. Der Entwurf II hat jedoch diese Bestimmung mit der richtigen Begründung gestrichen, daß sie sich aus der Verpflichtung zur Ehegemeinschaft von selbst ergebe [99]). Eine Definition mußte entweder nichtssagend oder schädlich sein. Die getroffene Regelung ermöglicht die erforderliche Anpassung an den Einzelfall und freie Rechtsfindung.

Die Vorschrift des Abs. II, Satz 2 verdankt ihre Entstehung der Reichstagskommission [100]). Bezweckt wurde damit eine Verminderung der Scheidungsprozesse. Die Bestimmung bietet unter Umständen eine wertvolle Ergänzung der Schutznorm des Abs. II, Satz 1, da sie einen objektiv vorliegenden Mißbrauch des anderen Teils im Zeitpunkt der Gemeinschaftsverweigerung nicht voraussetzt. Sie kann, wie schon der Kommissionsbericht hervorhebt, in allen den Fällen zum Zug kommen, in denen das Scheidungsrecht weit zurückliegt, Scheidungsklage noch nicht erhoben ist und im maßgebenden Zeitpunkt die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Mißbrauchs fehlen [101]).

Schließlich kann die Verpflichtung zur Ehegemeinschaft, wenn auch nur provisorisch, durch richterliche Anordnung aufgehoben werden. Nach § 627 ZPO. endigt die Verpflichtung, wenn auf Antrag eines Gatten durch einstweilige Verfügung des Gerichts das Getrenntleben der Gatten auf die Dauer eines zwischen ihnen schwebenden, auf die Scheidung, Anfechtung oder Nichtigkeit der Ehe gerichteten Rechtsstreits gestattet wurde. Antragsberechtigt ist nach dem Gesetz nicht nur die klägerische, sondern auch die beklagte Partei. Auf Einzelheiten soll später im Zusammenhang eingegangen werden. Hier sei nur hervorgehoben, daß im Wege der einstweiligen Verfügung eine interimistische, auf die Dauer des Ehescheidungs-, Nichtigkeits- oder Anfechtungsprozesses beschränkte Aufhebung der Gemeinschaftsverpflichtung herbeigeführt werden kann, die dem natürlichen Interesse

99) Vgl. dazu Reichstagskommissionsbericht, S. 205.
100) Vgl. dazu Reichstagskommissionsbericht, S. 205.
101) Vgl. Kommissionsbericht, S. 215 ff.

der Gatten an der Vermeidung der Gemeinschaft während des Rechtsstreits zu entsprechen vermag.

Zuletzt ergibt sich noch die wichtige Frage, ob die Verpflichtung zur Gemeinschaft durch Vereinbarung der Gatten aufgehoben oder abgeändert werden kann. Eine allgemeine Schranke der Vertragsfreiheit bilden die sittlichen Ideale des Volkes. Nach § 138 BGB., Abs. I ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Dieser fundamentale Rechtssatz steht kraft seiner umfassenden Bedeutung auch für Vereinbarungen familienrechtlicher Natur in Geltung. Allerdings bedarf es hier der Heranziehung dieses Prinzips an sich gar nicht. Das Gesetz verweist hier unmittelbar auf die sittlichen Gebotsvorstellungen der Volksgemeinschaft vom Wesen der Ehe. Daraus allein ergibt sich mit Notwendigkeit, daß Vereinbarungen nichtig sind, mit denen die Gatten ihre Beziehungen in einer unseren Idealen widersprechenden Weise ordnen. Damit ist zugleich gesagt, daß Abmachungen, die mit der Volksanschauung vereinbar sind, als wirksam zu gelten haben[102]). Diese Leitsätze sind die Konsequenz des gesetzgeberischen Grundgedankens. Sie ergeben auch praktisch die befriedigendsten Resultate. So ist es zweifellos gerechtfertigt und geboten, einer Vereinbarung zeitlich begrenzten Getrenntlebens Gültigkeit zuzuerkennen, wenn sie durch lebenswichtige Interessen — etwa Gesundheits- oder Vermögensinteressen — auch nur eines Gatten begründet erscheint. So wird die Verabredung, daß ein chronisch leidender Gatte einen bestimmten Teil des Jahres in ein Sanatorium geht, unbedenklich als wirksam angesehen werden können. Abmachungen, die dem beruflich viel zu Reisen genötigten Manne, etwa einem Geschäftsreisenden, erlauben, zur Ausübung seines Berufes regelmäßig, wenn auch längere Zeit abwesend zu sein, sind ebenso gültig, wie Vereinbarungen, die einer Künstlerin gestatten, die durch ihren Beruf gebotenen Reisen zu machen. Maßgebend ist natürlich der Einzelfall. Die Ehe eines Forschungsreisenden oder Schiffskapitäns ist anders zu beurteilen, als die eines Beamten. Jedenfalls aber verlangt der Gemeinschaftsgedanke, daß ein Ehegatte auf die lebenswichtigen Interessen des

102) Zum gleichen Ergebnis kommen: Cosack, Lehrb. II, § 204; Dernburg, a. a. O. S. 111; Wieruszowski, a. a. O. S. 2; Scriba, a. a. O. S. 50; Weinberg, a. a. O. S. 35; Zarden, „Die personenrechtliche Wirkung der Ehe und die Parteidisposition" (Leipz. Diss. 1909), S. 21; Breslauer, „Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe" (Göttinger Diss. 1914), S. 10 ff.

anderen Rücksicht nimmt. Die Gültigkeit solcher Abmachungen entspricht auch den Gedanken eines ethisch gebundenen Individualismus, von denen der Gesetzgeber ausging.

Im Grundsatz ist jedoch mit der herrschenden Meinung daran festzuhalten, daß das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft als solches zwingenden, unabdingbaren Charakter hat[103]). Das folgt aus seiner Bedeutung für das gesamte Eherecht, wie aus der Lebensanschauung. Ausgeschlossen ist also beispielsweise die Vereinbarung dauernden Getrenntlebens, die dauernde Aufhebung der Gemeinschaft durch Vertrag[104]). Richtig ist dementsprechend auch eine Vereinbarung, wonach ein Ehegatte zur Ermöglichung dauernden Getrenntlebens vom anderen Vermögensvorteile erhält[105]). Ein Recht zu dauerndem Getrenntleben hat ein Gatte nur dann, wenn ihm gemäß § 1353, II, 1 ein Recht zu dauernder Verweigerung der Ehegemeinschaft erwachsen ist. Für diesen Fall ist es auch anerkannten Rechtens, daß ein Zustand dauernden Getrenntlebens als vom Gesetz gestattet angesehen werden muß[106]). Der verweigerungsberechtigte Teil empfängt in diesem Falle die Ermächtigung zur dauernden Aufhebung der Gemeinschaft vom Gesetze selbst als notwendige Konsequenz des Wesens der Ehe. Ein geschlechtlich perverser oder unheilbar venerischer Gatte kann kein Recht auf Ehegemeinschaft haben. Deshalb wird in solchen Fällen eine vertragsmäßige Aufhebung der Gemeinschaft keinen Bedenken begegnen, weil darin materiell nur die Tatsache zum Ausdruck gebracht wird, daß die Verpflichtung zur Gemeinschaft nicht mehr besteht. Wenn im angeführten Beispiel die Geschlechtskrankheit nur vermeintlich unheilbar war und nachträglich geheilt wurde, wird man allerdings die weitere Gültigkeit der Verabredung verneinen. Zu diesem Ergebnis führt jedoch auch verständige Auslegung der Vereinbarung nach Treu und Glauben (§ 157 BGB.). Gilt dagegen eine solche Abmachung, so will das RG. auch eine Vereinbarung zulassen, wonach der zur Verweigerung berechtigte Gatte eine Rente zur dauernden Ermöglichung des Getrenntlebens vom anderen Teil erhält. Voraussetzung soll allerdings sein, daß er sich vorzugsweise

---

103) Vgl. etwa Staudinger, Planck, RGR.Komm. zu § 1353.

104) So auch RG. bei Warn. 1911, Nr. 108; Bay. Oberstes Landesger. Bay. OLGZ. Bd. 9, S. 440.

105) RG. 16. 6. 20, JW. 1920, S. 640.

106) So in ständiger Praxis das RG., vgl. namentlich die eingehende Begründung in RGZ. Bd. 109, S. 141 und die dort zitierte Judikatur.

durch sittliche Gründe zu der Abmachung bestimmen ließ, da diese dann keinen sittenwidrigen Charakter trage[107]). Nach den hier entwickelten Grundsätzen wird man dieser Rechtsprechung durchaus zustimmen.

Siebtes Kapitel.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.

Nach § 1353, Abs. II BGB. ist das „Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft" dann ausgeschlossen, wenn es sich „als Mißbrauch seines Rechts darstellt". Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß jedem Gatten mit Abschluß der Ehe ein subjektives Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft erwächst. Ob dieses Recht im Klageweg geltend gemacht werden kann, ist damit allerdings noch nicht gesagt. Es wäre eine petitio principii, wenn man aus dieser Stelle ohne weiteres folgern wollte, daß es sich um klagbares Recht handelt. Die Klagbarkeit ist keineswegs ein notwendiges Begriffsmerkmal der subjektiven Rechte. Das geltende Recht kennt eine Reihe von sogenannten „klaglosen" oder „unvollkommenen" Verbindlichkeiten, Fälle, „in denen dem Gläubiger der prozessuale Zwang versagt ist, aber in anderer Hinsicht die Leistung an den Gläubiger als eine Schuldleistung behandelt wird", wo „gewissermaßen ein Leistungswille seitens der Rechtsordnung kundgegeben wird, wenn auch nur ein schwacher"[108]). Den Rechtsweg kann der Rechtsträger nur dann beschreiten, wenn die Rechtsordnung sein Recht mit einem Rechtsschutzanspruch ausgestattet hat. Fehlt dieser, so kann die vollzogene Leistung zwar regelmäßig nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden, doch „reicht das schwache Gebot zu ihrer Erzwingung nicht aus"[109]). Die Frage, ob hier ein solcher Rechtsschutzanspruch gegeben ist, kann deshalb besonders zweifelhaft erscheinen, weil gerade das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft nach modernem Rechtsgefühl auch ohne die Möglichkeit einer Verfolgung im Klageweg sehr gut denkbar wäre. Das Gesetz könnte auch auf

107) RGZ. Bd. 109, S. 143.

108 und 109) Heck: „Grundriß des Schuldrechts" (Tübingen, 1929), § 24, 5. Hauptfälle von „klaglosen Verbindlichkeiten" sind das Verlöbnis (§ 1297), Spiel, Wette und Differenzgeschäft (§§ 762, 764), der Ehemaklerlohn (§ 656), die Sittlichkeits- und Anstandspflichten (§ 814), die eine Rückforderung ausschließen und die verjährten Ansprüche (§ 222 BGB.). Vgl. dazu Heck, a. a O., der die Gründe für die Sicherungsschwäche in diesen Fällen aufzeigt.

einen rein moralischen Druck abstellen. Es sei hier nur an das preußische ALR. und das österreichische ABGB. erinnert, wo die Klagbarkeit des Rechtes fehlt. Ebenso kann man daran denken, daß im 19. Jahrhundert die Klage in Deutschland, wo sie bestand, doch jedenfalls ihre Vollstreckbarkeit verlor. Da diese Entwicklung des deutschen Eherechts dem modernen Denken zweifellos durchaus entspricht, so muß für das geltende Recht eine solche Klage, wenn sie gewährt würde, wenigstens grundsätzlich als nicht vollstreckbar gedacht werden. Damit können an dem praktischen Wert einer solchen Klage von vornherein Zweifel entstehen. Auch hatte das Reichsrecht eine Klage zur Geltendmachung des Rechtes auf Ehegemeinschaft vorher nicht gekannt. Die alte ZPO. vom 30. Januar 1877 hatte zwar im 1. Abschnitt des VI. Buches (§§ 568 ff. alter Zählung) eine solche Klage, die „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens", erwähnt. Damit wurde diese jedoch nicht in den Rechtsgebieten eingeführt, in welchen sie noch nicht bestand, sondern nur da, wo sie bestand, zur Ehesache erklärt und dem Sonderverfahren der damaligen §§ 568 ff. unterstellt. — Unbekannt war die Klage nicht nur im Gebiet des preußischen ALR. und des österreichischen ABGB., sondern auch in Hamburg und Altbayern. Dagegen bestand sie als Klage auf Ehefolge, wo gemeines Recht galt. In den deutschen Bundesstaaten, deren neueres Prozeßrecht die Klage vorsieht, schwankt die Benennung. So wird sie von dem preußischen Gesetz betr. die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Ehe- und Verlöbnissachen in der Provinz Hannover vom 1. März 1869 als „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens", von Baden in § 1053 der Bürgerlichen Prozeßordnung als „Antrag auf Fortsetzung der Ehe", vom Sächsischen Entwurf der ZPO. (S. 358) als „Klage auf Fortstellung der ehelichen Gemeinschaft" bezeichnet. In Württemberg hatte die Klage zwar selbständige Bedeutung, war jedoch Bestandteil des Scheidungsprozesses wegen quasidesertio [110]). — Das BGB. hatte also keine einheitliche und feste Rechtskontinuität zu wahren. — Trotzdem kann es de lege lata keinem Zweifel unterliegen, daß das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft klagbar ist. Dafür sprechen in erster Linie und mit ausführlicher Begründung die Entwürfe zum BGB. [111]). Hier wurde das Für und Wider der Frage eingehend erwogen und namentlich auch die Bedenken zur Sprache gebracht, die gegen eine

110) Jahrbücher der Württ. Rechtspflege, 1889, Bd. II, S. 255.
111) Vgl. Mot. IV, S. 104, 108, 109; Prot. 5. Band, S. 99.

solche Klage sprechen. Denn es kann immerhin sehr zweifelhaft sein, ob durch eine solche Klage, wenn sie erhoben wird, das eheliche Verhältnis tatsächlich gebessert, ob eine befriedigendere Integration der Ehe dadurch herbeigeführt wird und ob nicht statt dieses erstrebten Erfolges eine weitere Zerrüttung der Ehe zu befürchten ist. Gerade durch einen solchen Prozeß kann die Erbitterung der Gatten aufeinander noch vergrößert und der Konfliktstoff zwischen ihnen noch vermehrt werden. Andrerseits konnte es fraglich scheinen, ob der sittliche Charakter der ehelichen Gemeinschaft überhaupt ein solches behördliches oder richterliches Eingreifen erträgt. Da nach modernem Rechtsempfinden ein Rechtszwang auf diesem Gebiete ausgeschlossen erscheint, so konnte man außerdem den praktischen Wert eines derartigen Rechtsbehelfs bezweifeln und ihn als überflüssig, wenn nicht gerade im Interesse der Erhaltung der Ehe als schädlich betrachten. Diese Bedenken wurden bei der Schaffung des Gesetzes geltend gemacht, wie sie auch de lege lata geltend gemacht wurden und werden [112]). Trotzdem glaubte der Gesetzgeber überwiegenden schutzwürdigen Interessen der Gatten wie der Allgemeinheit zu dienen, als er die Verfolgung des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft im Klagewege gestattete. Zum Zwecke des Schutzes und der Erhaltung der Ehe schien das unerläßlich. Man glaubte, den Ehegatten nicht nur den einen Rechtsbehelf zur Verfügung stellen zu dürfen, der die Ehe vernichtet, die Scheidungsklage. Es erschien vielmehr als Aufgabe des Staates, schon früher zu einem milderen Eingreifen bereit zu sein und dadurch, wenn möglich, die Ehe zu retten. Über die Unanwendbarkeit eines Vollstreckungszwanges war man sich einig. Trotzdem schien die Klage praktisch wertvoll. In erster Linie versprach man sich eine moralische Einwirkung auf den zur Erfüllung der ehelichen Pflichten verurteilten Ehegatten. Planck führte im Reichstag aus, man könne angesichts der sittlichen Kräfte im Leben des deutschen Volkes auf eine solche Wirkung des Urteils auch ohne die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung hoffen. Ein Ehegatte, „dem vor die Seele gestellt wird das rechtliche Soll", werde sich einer solchen Wirkung in der Mehrzahl der Fälle nicht verschließen [113]). — Außerdem konnte man darauf hinweisen, daß ein Gatte, der das ihn ver-

112) Vgl. namentlich Dernburg, „Deutsches Familienrecht", § 3 und Wolff, bei Enneccerus, Bd. II, 2, § 31, VII.

113) Rede Plancks im Reichstag, Stenographische Berichte, S. 2916 (Reichstagssitzung vom 25. Juni 1896).

urteilende Erkenntnis des Gerichts nicht befolgt, damit in einem nachfolgenden Ehescheidungsprozeß eine sehr ungünstige Prozeßlage gegen sich schafft.

Diesen gesetzgeberischen Erwägungen ist in Übereinstimmung mit dem zu der Regelung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs Gesagten grundsätzlich zuzustimmen. In der Tat verlangen überwiegende Interessen individueller und sozialer Art einen spezifisch eheerhaltenden Rechtsschutz der Ehe. Das Gesetzbuch, das den Grundsatz des „Laissez faire" in der Ausgestaltung des Scheidungsrechtes überwunden hat, wäre mit sich in Widerspruch getreten, wenn es auf die Schaffung eines solchen Rechtsschutzes verzichtet hätte. Der Zweck des Rechtsbehelfs richtet sich auf den Schutz und die Erhaltung der ehelichen Gemeinschaft und auf den Schutz der Persönlichkeit der Ehegatten. Beide Zwecke bedingen sich gegenseitig, denn im Persönlichkeitsschutz liegt zugleich Gemeinschaftsschutz, wie umgekehrt. In seiner Richtung auf den Schutz der Ehegemeinschaft entspricht dieser Rechtsschutz den Interessen des Staates und der Allgemeinheit, die heute im Hinblick auf die ehefeindlichen Mächte des sozialen Lebens besonders stark und drängend sind. Den Gatten muß die Möglichkeit gewährt werden, ehe sie die auf Zerstörung der Ehe gerichtete Scheidungsklage erheben, das eheliche Verhältnis der unparteiischen Beurteilung des Richters zu unterbreiten. Geschicktem und taktvollem richterlichen Eingreifen kann hier — unabhängig von der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung — eine sehr förderliche und segensreiche Wirkung zukommen. Der Zerrüttung der Ehe kann, wenn sie noch nicht zu weit vorgeschritten ist, dadurch gesteuert und ein erträgliches Zusammenleben der Gatten gesichert werden. Der richterlichen Einwirkung werden sich die Ehegatten, wenn die Ehe nicht überhaupt in die Brüche gehen soll, nicht verschließen. So sind die legislativen Gedanken zweifellos durch starke praktische Bedürfnisse gerechtfertigt, ohne daß eine Verletzung schutzwürdiger Interessen zu befürchten wäre.

Gelangt man sonach an Hand historischer Interessenforschung, wie im Hinblick auf schutzwürdige Bedürfnisse des individuellen und sozialen Lebens zu der in Wissenschaft und Rechtsprechung einhellig anerkannten Auffassung, daß das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft grundsätzlich klagbar ist, so ergibt sich als nächste und zugleich praktisch wichtigste Frage, in welcher Weise diese Rechtsverfolgung vor sich geht, mit welchem Rechtsbehelf die gerichtliche Geltendmachung

erfolgt. Handelt es sich um eine Klage im Eheprozeß? Oder kommt das regelmäßige Verfahren dafür in Frage? Oder ist der Rechtsweg der streitigen Gerichtsbarkeit überhaupt ausgeschlossen und nur die Anrufung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Vormundschaftsgerichts, zulässig? An alle diese Möglichkeiten könnte gedacht werden.

Das BGB. selbst erwähnt ausdrücklich nur eine Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft (§ 1567, Abs. I, Ziff. 1), welche der Vorbereitung der Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung dient. Nach dieser Vorschrift liegt bösliche Verlassung, welche die Scheidungsklage begründet, vor, „wenn ein Ehegatte, nachdem er zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft rechtskräftig verurteilt worden ist, ein Jahr lang gegen den Willen des anderen Ehegatten in böslicher Absicht dem Urteil nicht Folge geleistet hat". Hier wird also die Entstehung des Scheidungsrechtes schlechthin von dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils auf Erfüllung einer vom § 1353 gebotenen Pflicht, der häuslichen Gemeinschaftspflicht, abhängig gemacht. Nach dem bisher Ausgeführten kann sich jedoch eine der Geltendmachung des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft dienende Klage weder ihrer rechtlichen Tragweite, noch ihren praktischen Funktionen nach in der im § 1567, Abs. I, Ziff. 1 eingeführten Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft erschöpfen. Es handelt sich um den Schutz des Integrationsprozesses der Ehe im Ganzen, um die Verwirklichung ihrer Lebenstotalität, nicht nur um die Schaffung einer „Scheidungsetappe" für einen Spezialfall. Die häusliche Gemeinschaft ist nur eine Teilfunktion des ehelichen Integrationssystems, während die eheliche Lebensgemeinschaft im Sinne des § 1353 alle in der Ehe integrierenden Lebensbeziehungen der Ehegatten umfaßt. Dementsprechend muß die Klage in allen Fällen zum Zuge kommen, in denen gegen die Verpflichtung des § 1353 verstoßen wird. Die vom Gesetzgeber als schutzwürdig erkannten Lebensbedürfnisse begründen ein Rechtsschutzinteresse dafür in jedem Falle, wo eine nach sittlicher Lebensanschauung zur Integration der Ehe gebotene Pflicht verletzt wurde. Eine Beschränkung auf den Spezialfall des § 1567, Abs. I, Ziff. 1 wäre praktisch unzulänglich, sie würde den geschilderten schutzbedürftigen Interessen in keiner Weise gerecht. Es kann sich dabei also nur um den Unterfall eines allgemeineren Rechtsbehelfes handeln. —

Eine Anrufung der freiwilligen Gerichtsbarkeit sieht das Gesetz in zwei Fällen vor, wo ebenfalls integrierende Lebensbeziehungen der

Ehegemeinschaft in Frage stehen (§§ 1357, Abs. II und 1358, Abs. I und II). Die Ehefrau empfängt vom § 1357, Abs. I die Schlüsselgewalt, d. h. die Befugnis, „innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten". Dieses Recht der Frau kann der Mann beschränken oder ausschließen (§ 1357, Abs. II, Satz 1). Gegen eine sachlich ungerechtfertigte oder schikanöse Entziehung oder Beschränkung ihres Schlüsselrechtes steht der Frau die Anrufung des Vormundschaftsgerichts offen: „Stellt sich die Beschränkung oder die Ausschließung als Mißbrauch des Rechtes des Mannes dar, so kann sie auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden" (§ 1357, Abs. II, Satz 2). — Nach § 1358, Abs. I hat der Mann das Recht, Verträge der Frau, durch welche diese sich Dritten gegenüber zu persönlichen Leistungen verpflichtet, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden ist. „Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt" (§ 1358, Abs. I, Satz 3). — Auch zum Schutze der Frau kann das Vormundschaftsgericht in diesem Falle tätig werden. Das Kündigungsrecht des Mannes ist ausgeschlossen, wenn entweder dieser der von der Frau übernommenen Verpflichtung zugestimmt hat, oder aber „seine Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist" (§ 1358, Absatz II, Satz 1). „Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist oder wenn sich die Verweigerung der Zustimmung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt" (§ 1358, Abs. II, Satz 2). In diesen Fällen kann also zum Schutze ehelicher Interessen Rechtshilfe vom Vormundschaftsgericht begehrt werden. Doch wäre es ganz offenbar verfehlt, aus diesen Bestimmungen den Schluß zu ziehen, daß allgemein der Rechtsweg der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Geltendmachung der durch die eheliche Lebensgemeinschaft begründeten Rechte und Pflichten vorgeschrieben sei. Dagegen spricht einmal die Entstehungsgeschichte der §§ 1353 ff. Andrerseits wäre auch den persönlichen und überpersönlichen Interessen, die hier im Spiele sind, mit einem solchen Rechtsschutz nicht gedient. Die schwerwiegenden und verwickelten Probleme, die hier gestellt sind, wachsen über eine Behandlung durch die Organe der

Freiwilligen Gerichtsbarkeit weit hinaus. Es besteht ein dringendes Bedürfnis, diese Rechtsbeziehungen der Beurteilung des Prozeßgerichtes zu unterstellen. Gerade hier muß von der erkennenden Behörde ein Höchstmaß von Einsicht, Lebenserfahrung, Takt und moralischer Autorität verlangt werden. Unsere mit Notaren, oder wie in Preußen mit Amtsrichtern besetzten Vormundschaftsgerichte können jedoch bei aller Würdigung ihrer segensreichen Tätigkeit auf anderen Gebieten nicht als die geeignete Instanz zur Entscheidung dieser Probleme des Rechtslebens anerkannt werden. Auch im Hinblick auf die stets bestehende Möglichkeit eines nachfolgenden Scheidungsprozesses erscheint hier die Gewährung des Rechtsschutzes durch das Prozeßgericht sachlich geboten. Auch ist es undenkbar, daß etwa das Recht auf häusliche Gemeinschaft, wie § 1567, Abs. I voraussetzt, vor dem Prozeßgericht, die anderen durch die eheliche Lebensgemeinschaft begründeten Rechte aber vor dem Vormundschaftsrichter geltend zu machen wären. Es muß sich vielmehr in den Fällen der §§ 1357, Abs. II und 1358, Abs. I und II um Sonderfälle handeln, wo namentlich im Interesse möglichster Beschleunigung des Rechtsgangs Rechtshilfe im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt wird. —

Schließlich hat die Zivilprozeßordnung einen besonderen Rechtsbehelf ausgebildet, dessen Anwendbarkeit in Frage kommt. Es ist die in den §§ 606 ff. der ZPO. normierte „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens". Diese Klage ist nach § 606, Abs. I ZPO. ebenso wie die Klage auf Scheidung, auf Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe oder auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe eine Ehesache, für die das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig ist. Da es sich um eine Ehesache handelt, so gilt für diese Klage auch die Vorschrift des § 607 ZPO., welche die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen gestattet und im einzelnen regelt. — Nach § 608 ZPO. darf der Vorsitzende den Termin zur mündlichen Verhandlung über eine Scheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erst festsetzen, wenn den Vorschriften der §§ 609 bis 611 ZPO. über den Sühneversuch genügt ist. Normalerweise muß nach diesen Vorschriften der Klagerhebung ein Sühneversuch vor dem Amtsgericht vorangehen, vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Nur in Ausnahmefällen kann von der Vornahme des Sühneversuchs abgesehen werden, wenn schwer zu beseitigende, vom

Kläger nicht verschuldete Hindernisse vorliegen, oder wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Sicherheit vorauszusehen ist (§ 611). Ferner gelten für die Klage, wie für alle Ehesachen, die §§ 612 bis 615 ZPO. Nach § 612, Abs. I ist ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte hier prozeßfähig, während nach § 612, Abs. 2, Satz 2 der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Ehegatten zur Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens überhaupt nicht befugt ist. In den anderen Ehesachen ist er zur Prozeßführung für den geschäftsunfähigen Ehegatten berufen.

Nach § 615 können die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Scheidungsklage und die Anfechtungsklage — in Eventualstellung[114]) — verbunden werden. Die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten Klagen, sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist unzulässig. — Schließlich ist für die Herstellungsklage nach Maßgabe der §§ 617 bis 619 und 622 ZPO. die Verhandlungsmaxime durch die Prüfung von Amts wegen und die Parteiinitiative durch das Offizialverfahren ersetzt. Die Vorschrift des § 307 ZPO. über die Wirkung eines Anerkenntnisses soll überhaupt nicht zur Anwendung kommen. Die Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Tatsachen oder über die Echtheit von Urkunden, über den Parteiverzicht auf die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen, über die Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses und der Erlassung eines Eides, über die Eideszuschiebung und den Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, sollen hinsichtlich solcher Tatsachen nicht zur Anwendung kommen, die das Recht begründen sollen, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern (§ 617 Abs. I und II). Die Vorschrift des § 618 ist praktisch bedeutsam namentlich durch das Verbot eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten (Abs. V). Nach § 619, Abs. I kann das Gericht das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen. Gemäß § 622 ist das Gericht befugt, zum Zweck der Aufrechterhaltung der Ehe Tatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, zu berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amts wegen anzuordnen. Das Gesetz hat also die Herstellungsklage grundsätzlich mit den besonderen Sicherungen des Eheprozesses ausgestattet. — In der Berufungsinstanz läßt § 626 die Zurückweisung verspäteten Vorbringens nur insoweit zu, als der Berufungskläger

114) Vgl. dazu Stein-Jonas, Bem. 1 zu § 615 ZPO.

sein neues Vorbringen entgegen der Vorschrift des § 519 nicht in der Berufungsbegründung mitgeteilt oder die Partei nach freier richterlicher Überzeugung in Verschleppungsabsicht ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat. — Nach § 628 gilt der Rechtsstreit hinsichtlich der Hauptsache als erledigt, wenn einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils stirbt. — Die ZPO. hat sonach die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens mit einigen Sonderbestimmungen grundsätzlich den Normen über das Verfahren in Ehesachen unterstellt. Eine praktisch besonders wichtige Sonderbestimmung findet sich noch in § 888, Abs. II ZPO. Nach dieser Vorschrift ist die Anwendung der im § 888, Abs. I vorgesehenen Zwangsvollstreckung durch Beugezwang, d. h. durch die Verhängung von Geld- oder Haftstrafen seitens des erstinstanzlichen Prozeßgerichtes, im Falle der Verurteilung auf Herstellung des ehelichen Lebens ausgeschlossen. —

In Wissenschaft und Rechtsprechung wird nun mit vollkommener Einstimmigkeit gelehrt, daß die Geltendmachung des Rechtes auf eheliche Lebensgemeinschaft mit dieser in den §§ 606 ff. ZPO. normierten Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im Eheprozeß zu erfolgen habe. Es ist in der Literatur und auch in der Praxis zwar im einzelnen streitig, inwieweit die Klage zur Verfolgung der durch die eheliche Lebensgemeinschaft begründeten Rechte und Pflichten anwendbar ist. So ist es, wie später zu zeigen sein wird, insbesondere bestritten, ob nur personenrechtliche Pflichten, wie sie etwa durch die Haus- und Geschlechtsgemeinschaft bedingt sind, mit der Klage geltend gemacht werden können, oder ob diese auch bei vermögenswerten Leistungen, soweit sie zur funktionellen Integration der ehelichen Lebensgemeinschaft gehören, anwendbar ist. Diese Frage erhebt sich namentlich bei dem Anspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten auf Gewährung des ehelichen Unterhalts (§§ 1360, 1361 BGB.) und bei den sich aus der Ausübung der Schlüsselgewalt der Frau im Innenverhältnis der Gatten ergebenden Ansprüchen (§ 1357, Abs. I). Die Frau empfängt im § 1357, Abs. I innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises ein Geschäftsbesorgungsrecht für den Mann, auf welches im allgemeinen die Normen des Auftrags (§§ 662 ff. BGB.) anwendbar sind. So hat die Frau in sinngemäßer Anwendung des § 669 gegen den Mann ein Recht auf Vorschuß (Haushaltungsgeld) und entsprechend § 670 ein Recht auf Ersatz erforderlicher Aufwendungen, während der Mann in Analogie zum § 667 Herausgabe des-

sen verlangen kann, was die Frau durch die Geschäftsführung erlangt hat. In diesen und ähnlichen Fällen erscheint mehreren Schriftstellern die Anwendung der gewöhnlichen Leistungsklage geboten. Ebenso ist es bestritten, ob in den Fällen der §§ 1357, Abs. II und 1358, wo das Gesetz, wie erwähnt, die Anrufung des Vormundschaftsgerichtes gestattet, außerdem auch noch das Prozeßgericht im Eheprozeß mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens angerufen werden kann. Trotz dieser Streitfragen, auf welche später eingegangen werden soll, besteht darüber völlige Einigkeit, daß grundsätzlich die gerichtliche Geltendmachung der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Pflichten im Wege dieser in der ZPO. vorgesehenen und geregelten „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" zu erfolgen hat[115]). Das Reichsgericht lehrt: „Nach § 1353, Abs. I BGB. sind die Ehegatten einander nicht etwa bloß zu häuslicher Gemeinschaft, sondern zu „ehelicher Lebensgemeinschaft" verpflichtet. Diese Verpflichtung umfaßt alle, auch die nicht im Gesetzbuche besonders hervorgehobenen Pflichten, die sich nach dem Wesen der Ehe aus den persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander ergeben... Die Verletzung jeder dieser Pflichten, nicht nur der Pflicht zum Zusammenleben, rechtfertigt das Verlangen des verletzten Ehegatten nach Herstellung der vollen ehelichen Lebensgemeinschaft und begründet damit sein Recht, von dem anderen Ehegatten die Erfüllung der gerade verletzten Pflicht zu verlangen... Das Gesetz gibt ihm das Recht, auf Erfüllung der Pflichten der §§ 1353 ff. BGB. zu klagen — eine Klage, die, soweit die persönlichen Verpflichtungen der Ehegatten in der bezeichneten Richtung in Frage kommen, den Namen „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" führt[116])." Nach dieser Auffassung genießen also alle in der ehelichen Lebensgemeinschaft integrierenden, durch den sittlichen Gemeinschaftsgedanken bedingten Lebensbeziehungen der Gatten gerichtlichen Schutz, der grundsätzlich im Eheprozeß mit der

---

115) Vgl. zu diesem herrschenden Grundsatz etwa Staudinger, Vorbem. VII, Planck, Vorbem. I vor § 1353, RGR.Kommentar, Bem. 1 zu § 1353; Stein-Jonas, Vorbem. III, 5 vor § 606 ZPO.; Opet, Komm. zu § 1353, Enneccerus-Wolff, Lehrb. II, 2, § 32, Nr. VII; zustimmend alle bisher genannten Lehrbücher und Monographien.

116) So RG. vom 15. 12. 1919, RGZ. Bd. 97, S. 287, ebenso vom 5. 5. 1919, RGZ. Bd. 95, S. 332; vom 1. 12. 1904, RGZ. Bd. 59, S. 256 ff.; vom 14. 4. 02, RGZ. Bd. 51, S. 182, 185; außerdem RG. Warneyer 1912, Nr. 262; 1915, Nr. 287, auf Seite 449 vorletzter Absatz; Jur. Wochenschrift 1910, S. 817, Nr. 38.

„Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" begehrt werden muß. Mit diesem Rechtsbehelf wäre demnach außer der Verpflichtung zur Haus- und Geschlechtsgemeinschaft, zur ehelichen Treue und Beistandsleistung etwa das Entscheidungsrecht des Ehemanns in den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354, Abs. I), das Recht und die Pflicht der Frau zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens (§ 1356, Abs. I) und das Recht und die Pflicht der Frau zur Führung des Familiennamens des Mannes (§ 1355) geltend zu machen. —

Neben dieser die Anwendbarkeit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zur Verfolgung des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft im Prinzip bejahenden Lehre besteht noch die weitere in Wissenschaft und Rechtsprechung einhellig anerkannte Auffassung, daß in allen Fällen, in welchen die Klage begründet sei, auch sämtliche in den §§ 606 ff. ZPO. dafür aufgeführten Vorschriften angewendet werden müssen. So sagt das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung im 97. Band (Seite 288) zu der Frage, ob für die Gewährung des ehelichen Unterhalts im Sinn des § 1360 BGB. die Herstellungsklage oder die gewöhnliche Klage gegeben ist: „Die praktische Bedeutung der Frage liegt darin, daß für die Herstellungsklage die besonderen Vorschriften der §§ 606, 607, 612—615, 617—619, 622, 626, 628, sowie die Vorschrift des § 888, Abs. 2 ZPO. gelten." Es sollen also in jedem Falle, in welchem die Klage zum Zuge kommt, alle in der ZPO. dafür vorgesehenen Vorschriften Anwendung finden. Auch in der Literatur ist das bisher noch nirgends zweifelhaft erschienen. Beide Thesen werden vielmehr mit apodiktischer Sicherheit, als eines Nachweises nicht bedürftig, vertreten, wobei sich herrschende Lehre und Rechtsprechung offenbar nicht darüber klar geworden sind, daß ihre Auffassung nach beiden Richtungen eine petitio principii ist. Gerade das, was hier als erwiesen unterstellt wird, ist nämlich keineswegs selbstverständlich, sondern bedarf bei dem Fehlen eines entsprechenden Gesetzesbefehls zu seiner Rechtfertigung einer eingehenden Untersuchung. —

Zweifellos sprechen die Materialien zum BGB. für die herrschende Annahme, daß in allen Fällen, wo gegen § 1353 verstoßen wird, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens begründet ist, wie sie in der alten Zivilprozeßordnung von 1877 normiert war und dann durch die Novelle zur Zivilprozeßordnung von 1898 modifiziert und ergänzt wurde. Insoweit kann sich die herrschende Meinung und die Recht-

sprechung auf die Entstehungsgeschichte des BGB. stützen[117]). Insoweit wird man dieser Auffassung auch grundsätzlich beitreten können. Es ist ja bereits dargelegt worden, daß sowohl im allgemeinen, als im individuellen Interesse ein starkes praktisches Bedürfnis danach besteht, daß alle in der ehelichen Lebensgemeinschaft integrierenden Lebensbeziehungen, alle aus dem persönlichen Verhältnis der Gatten zueinander nach dem Wesen der Ehe sich ergebenden Pflichten Klagschutz genießen und daß dieser Schutz im Wege der streitigen und nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt wird. Da das Gesetz in der „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" einen besonderen Rechtsbehelf ausgebildet hat, der diesen Postulaten zu entsprechen vermag, so erscheint die herrschende Lehre insoweit gerechtfertigt, als sie in dieser Klage das Rechtsschutzinstrument zur Geltendmachung der durch die eheliche Lebensgemeinschaft begründeten Rechte sieht. Das gilt umsomehr, als diese Auffassung sich mit den historisch erkennbaren Wertungen der Rechtsgemeinschaft deckt. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung der Klage bestimmt sich nach ihrem praktischen Zweck, dem Schutz des auf die Lebenstotalität gerichteten Integrationsprozesses der Ehegemeinschaft. Es besteht daher in allen Fällen, wo ein Gatte eine der vom § 1353 umfaßten Rechtspflichten verletzt hat. So können mit der Klage die im Gesetz ausdrücklich erwähnten, wie die aus dem Wesen der Ehe allein zu folgernden ehelichen Gemeinschaftsrechte verfolgt werden. Die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft ist tatsächlich nur ein Unterfall des allgemeinen Rechtsbehelfs, da die Hausgemeinschaft nur integrierendes Moment der ehelichen Lebensgemeinschaft ist, die selbst eine viel umfassendere Bedeutung hat. Gewiß ist das räumliche Zusammenleben der Eheleute ein normaler und praktisch sehr wichtiger Bestandteil der ehelichen Gemeinschaft, doch erschöpft diese sich so wenig in der räumlichen Gemeinschaft, daß sie unter Umständen bestehen kann, auch wenn die Gatten räumlich getrennt leben. Davon gehen schon die Materialien zum § 1353 aus[118]). Es ist auch anerkanntes Recht. So sagt das Reichsgericht in der Entscheidung vom 5. Mai 1919: „Die eheliche Lebensgemeinschaft schließt zwar regelmäßig die Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft ein, wird aber durch deren Aufhebung nicht notwendig beeinträchtigt... Dementsprechend hat das Reichsgericht die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im Sinne des

117) Vgl. Mot. IV., S. 104, 108, 109; Prot. 5. Band, S. 99.
118) Vgl. dazu Mot. IV, S. 124, Prot. Bd. 4; S. 111.

§ 1353 nicht bloß zur Beseitigung eines räumlichen Getrenntlebens, sondern auch in Fällen zugelassen, in denen ein häusliches Zusammenwohnen der Ehegatten gar nicht in Frage kam, es sich vielmehr nur darum handelte, ein dem Wesen der Ehe nach den besonderen Umständen des Falles entsprechendes Verhalten des anderen Teiles herbeizuführen[119])." Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht insbesondere in den Fällen angewendet, wo, wie in der zitierten Entscheidung, ein Ehegatte von dem wegen Krankheit getrennt lebenden anderen Ehegatten verlangte, daß er zur Wiedererlangung seiner Gesundheit eine Heilanstalt aufsuche und damit das Hindernis, das der Erfüllung seiner Verpflichtung zur vollen ehelichen Lebensgemeinschaft entgegenstand, nach Möglichkeit beseitige. Die praktischen Ergebnisse dieser Entscheidungen sollen später gewürdigt werden. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß das Reichsgericht den umfassenden Charakter der von einem räumlichen Zusammenleben der Gatten unter Umständen sogar unabhängigen ehelichen Lebensgemeinschaft erkannt und das Rechtsschutzbedürfnis für die Herstellungsklage dementsprechend bemessen hat. So kann mit dieser die Erfüllung der Verpflichtung zur geistigen Gemeinschaft, zur Geschlechtsgemeinschaft, zu den durch das Wesen der Ehe gebotenen Freundschafts- und Beistandsleistungen verlangt werden, ebenso können aber auch die in den §§ 1354 ff. normierten Rechte, soweit sie Ausfluß, Funktion, praktische Erscheinungsform des Prinzips des § 1353, Abs. I sind, damit geltend gemacht werden. Allein gerade wenn man zugibt, daß die Herstellungsklage die Integration der ehelichen Lebensgemeinschaft in ihrer umfassenden Bedeutung schützen soll und dementsprechend in allen Fällen des Verstoßes gegen § 1353 begründet ist, gerade dann kann es sehr fraglich erscheinen, ob dabei stets und in allen Fällen sämtliche in den §§ 606 ff. ZPO. dafür aufgeführten Bestimmungen zum Zuge kommen müssen. Herrschende Meinung und Praxis nehmen das übereinstimmend an. Doch ist dieser Grundsatz, der offenbar als selbstverständlich betrachtet wird, im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Herstellungsklage in hohem Grade zweifelhaft. Seine starre Durchführung führt gerade bei der prozessualen Verfolgung der in den Sondervorschriften der §§ 1354 ff. enthaltenen ehelichen Rechte verschiedentlich zu praktisch unbrauchbaren Resultaten. Auch lassen sich die bestehenden Streitfragen über die Abgrenzung der Herstel-

119) RGZ. Bd. 95, S. 332; siehe auch RG. Warneyer 1918, Nr. 210.

lungsklage von der gewöhnlichen Klage aus dieser allgemein zugrunde gelegten Annahme erklären. Um Klarheit zu gewinnen, ist eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte der die Herstellungsklage regelnden prozeßrechtlichen Normen geboten.

Diese Vorschriften finden sich, wie bereits gesagt, in ihrer ursprünglichen Fassung in der alten ZPO. von 1877 (§§ 568 ff. alter Zählung). Es war allgemein anerkanntes Recht, daß die alte ZPO. die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nur hinsichtlich des Verfahrens einheitlicher reichsrechtlicher Regelung unterstellte, an den landesrechtlichen Gestaltungen auf diesem Gebiete im übrigen jedoch nichts änderte. Das brachte schon die Begründung des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung, dem Reichstag vorgelegt am 29. Oktober 1874, mit klaren Worten zum Ausdruck: „Der Entwurf beabsichtigt nicht, was zur Beseitigung von Mißverständnissen hervorgehoben werden mag, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in Rechtsgebiete einzuführen, denen sie bisher unbekannt war, er bestimmt nur, daß sie in den Rechtsgebieten, in welchen sie besteht, als Ehesache behandelt werden soll[120])." Eine andere Rechtsauffassung trat auch bei den Beratungen der Reichstagskommission nicht in Erscheinung. Der § 568 (ursprünglich § 544) der alten Zivilprozeßordnung wurde von der Kommission sowohl bei der ersten als bei der zweiten Lesung unverändert und ohne Diskussion angenommen[121]). Diese Fassung ist dann auch Gesetz geworden. — Es kann somit kein Zweifel darüber bestehen, daß die Vorschriften der §§ 568 ff. der alten ZPO. ausschließlich dazu bestimmt waren, den entsprechenden partikularrechtlichen Rechtsbehelfen, soweit sie bestanden, einen einheitlichen reichsrechtlich geregelten Verfahrensmodus im Eheprozeß zu schaffen. Die prozessualen Normen waren also der Eigenart dieser landesrechtlichen Herstellungsklagen angepaßt. Nun ist es aber im höchsten Grade bemerkenswert, daß alle diese partikularrechtlichen Rechtsbehelfe tatsächlich Klagen auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, des räumlichen Zusammenlebens der Ehegatten waren. Das gilt von der „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" nach § 1 des preußischen Gesetzes betreffend die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Ehe- und Verlöbnissachen in der Provinz Hannover vom 1. März

120) Hahn: „Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877", I. Abteilung, S. 397 f. (Berlin 1880).

121) Hahn, a. a. O. II. Abteilung, S. 927 (Kommissionsbeschlüsse erster Lesung) und S. 1047 (Protokolle der Kommission. Zweite Lesung).

1869, von dem „Antrag auf Fortsetzung der Ehe" des § 1053 der badischen bürgerlichen Prozeßordnung, von der gemeinrechtlichen Klage auf Ehefolge und von dem in § 930, Nr. 2 des sächsischen Entwurfes als „Klage auf Fortstellung der Ehe" bezeichneten Rechtsbehelf. Durchweg ist hier daran gedacht, daß entweder der Mann klagt, wenn die Frau seinem Bestimmungsrecht über Wohnort und Wohnung nicht Folge leistet, oder daß ein Ehegatte den anderen verlassen hat und die Wiederherstellung des ehelichen Zusammenlebens verweigert und daß aus diesem Grunde der verlassene Ehegatte die Klage erhebt. Immer aber richten sich diese Klagen auf die Beseitigung des Getrenntlebens der Gatten, auf ihre räumliche Wiedervereinigung. Davon ging auch der Entwurf zur alten ZPO. aus und dem entsprach auch die rechtliche Regelung. Daß der Gesetzgeber nur an ein auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichtetes Klagbegehren dachte, bringt der Entwurf klar zum Ausdruck, wenn er sagt, die Klage habe sich in vollem Umfang nur in den Rechtsgebieten entwickeln können, in welchen die malitiosa desertio auf den Fall einer Entweichung an einen unbekannten oder dem richterlichen Arme nicht erreichbaren Ort beschränkt[122]) sei. „Wo sich dagegen die Scheidung wegen Quasidesertion ausgebildet hat, erscheint die Herstellung des ehelichen Zusammenlebens nicht als Gegenstand einer selbständigen Klage, sondern als Zweck eines der Scheidungsklage wegen Desertion vorangehenden Verfahrens oder als Bestandteil des Desertionsprozesses selbst[123])." Hier besteht also kein Zweifel darüber, daß die zu normierende Herstellungsklage ihrem Inhalt, nicht ihrer rechtlichen Bedeutung nach, der auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichteten Klage des Desertionsprozesses gleichstand. — Nach dem durch das BGB. geschaffenen neuen Rechtszustand aber war die Rechtslage eine vollkommen andere: Jetzt handelte es sich um einen neuen reichsrechtlich begründeten Anspruch von einer viel weiteren und umfassenderen Bedeutung, der sich nicht mehr in der Herstellung räumlichen Zusammenlebens der Ehegatten erschöpfte. Maßgebend wurde jetzt der im Prinzip des § 1353 enthaltene Rechtsgedanke. An die Stelle der Klage auf Herstellung ehelichen Zusammenlebens trat eine Klage auf Verwirklichung vollkommener ehelicher Lebensgemeinschaft, die alle integrierenden Beziehungen der Gatten, nicht nur ihr räumliches Zusammenleben, schützend erfaßte. Damit waren

122) Hahn, „Die gesamten Materialien" usw. I. Abteilung, S. 397.
123) Hahn, „Die gesamten Materialien" usw. I. Abteilung, S. 397.

die praktischen Funktionen der Klage auch viel weiter geworden. Mit ihr war auch das Recht des Ehemanns in den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354, Abs. I) und seine Verpflichtung, dieses Recht nicht zu mißbrauchen (§ 1354, Abs. II), geltend zu machen, ebenso Recht und Pflicht der Frau, den Familiennamen des Mannes zu führen (§ 1355), das gemeinsame Hauswesen zu leiten (§ 1356, Abs. I), die Schlüsselgewalt auszuüben (§ 1357, Abs. I), ja unter Umständen auch der Anspruch des nach § 1360 unterhaltsberechtigten Ehegatten auf Reichung des ehelichen Unterhalts. — Diesen veränderten Bedürfnissen entsprach jedoch keine Neugestaltung der Herstellungsklage durch die Novelle von 1898. Die Vorschriften der alten ZPO. wurden zwar in verschiedenen Punkten modifiziert und ergänzt. So hatte der alte § 774, Abs. II die Vollstreckung des Herstellungsurteils davon abhängig gemacht, ob diese nach Landesrecht statthaft war oder nicht. Die Novelle 1898 entzog diese Frage der Landesgesetzgebung und unterstellte sie einheitlicher reichsrechtlicher Regelung. Der neue § 888, Abs. II schließt die im Abs. I der Stelle vorgesehenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen für den Fall der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens schlechthin aus. — Grundsätzliche Änderungen im Hinblick auf den wesentlich erweiterten Kreis schutzwürdiger Interessen brachte die Novelle 1898 jedoch für die Herstellungsklage nicht. Die Vorschriften wurden in Ansehung der Herstellungsklage großenteils unverändert übernommen, wie zum Beispiel die §§ 607, 608, 611, 614, 615, 619. Neuschöpfungen der Novelle waren außer dem § 888, Abs. II lediglich die §§ 612 und 613, ebenso die erwähnte Sonderregelung des § 627 über die Befugnis des Gerichts, auf Antrag eines Gatten während der Dauer eines Ehescheidungs-, Ehenichtigkeits- oder Eheanfechtungsprozesses im Wege der einstweiligen Verfügung das Getrenntleben der Gatten zu gestatten, die gegenseitige Unterhaltspflicht nach Maßgabe des § 1361 zu ordnen und Fürsorgemaßnahmen für die gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder zu treffen. — Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Herstellungsklage durch die Novelle 1898 nur in Einzelheiten überarbeitet, nicht aber unter erweiterten Gesichtspunkten grundsätzlich neugestaltet wurde.

Für eine solche Neuordnung des Rechtsbehelfs bestand allerdings hinsichtlich der Mehrzahl der dafür gegebenen Normen kein praktisches Bedürfnis. Auch heute können viele der in den §§ 606 ff. ZPO. enthaltenen Vorschriften unbedenklich Anwendung finden, wo irgend

eine der durch die eheliche Lebensgemeinschaft begründeten Rechtspflichten geltend gemacht wird, ohne daß dadurch schutzwürdige Interessen beeinträchtigt würden. Einige dieser Vorschriften müssen sogar als durchaus sachgemäß für alle integrierenden Interessenlagen anerkannt werden. So wird namentlich die Anwendung der Vorschriften über den Sühneversuch (§§ 608—611) in allen Fällen zweckmäßig und vorteilhaft sein. Im Interesse der Erhaltung der Ehe und der Besserung des ehelichen Verhältnisses ist es nur erwünscht, wenn schon bei den Sühneverhandlungen eine Versöhnung der Gatten erreicht werden kann. — Ist der Prozeß einmal anhängig, so kann das Verfahren immer noch von Amts wegen ausgesetzt werden — einmal im Laufe des Prozesses und höchstens auf ein Jahr — wenn eine Aussöhnung der Parteien nicht unwahrscheinlich ist (§ 621). Auch die Anwendbarkeit dieser Vorschrift erscheint in allen Fällen zweckmäßig. — Durchaus und für alle Fälle der Herstellungsklage zu billigen ist auch der § 612, Abs. I. Hier führt schon die Begründung der Novelle zur ZPO. treffend aus, daß es dem Wesen der Ehe und den sich daraus ergebenden persönlichen Beziehungen der Gatten nicht entsprechen würde, wenn der wegen Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Eheteil (§§ 106, 114 BGB.) in Anwendung des heutigen § 52, Abs. I ZPO. nicht prozeßfähig wäre [124]). — Die bei der Entstehung der ZPO. lebhaft umstrittene Vorschrift des § 607 hat sich praktisch dadurch erledigt, daß die Staatsanwaltschaft auf die in ihr Ermessen gestellte Mitwirkung vor dem erkennenden Gericht nahezu immer verzichtet.

Starke praktische Bedenken ergeben sich jedoch gegenüber drei Normen, die durchweg für die Interessengestaltung der Ehegatten von einschneidender praktischer Bedeutung sind. Es sind dies die §§ 615, 888, Abs. II und 612, Abs. II ZPO. Überblickt man die Auswirkung dieser Bestimmungen auf die Gesamtheit der von ihnen erfaßten Interessenlagen, so zeigt sich, daß ihre Anwendung nur in einem Teil dieser Fälle zu sachgemäßen, brauchbaren Resultaten führt, während sie in anderen Fallgruppen eine schwere Schädigung schutzwürdiger Interessen bedeuten würde. Gerade die Anwendung dieser Rechtsschutznormen würde zur Folge haben, daß Lebensbedürfnisse, die als schutzwürdig anerkannt sind, schutzlos blieben. Diese Feststellung kann hier vorweggenommen werden. Auf Einzelheiten soll noch nicht ein-

124) Vgl. Hahn-Mugdan, „Materialien", 8. Bd., S. 120.

gegangen werden. Hier geht es um Probleme grundsätzlicher Art. Die erste Aufgabe, die zum Zweck richtiger Auslegung der fraglichen Normen erfüllt werden muß, ist historische Interessenforschung im Sinn der oben bereits angewandten Methode, d. h. also die Feststellung der für die Entstehung der Vorschriften kausal gewordenen Wertungen und Gebotsvorstellungen der Rechtsgemeinschaft. Zeigt sich bei dieser Untersuchung, daß die Anwendung der Gebote deshalb zu Interessenverletzungen führen müßte, weil das Gesetz lückenhaft ist, so ergibt sich in zweiter Linie das generelle Problem, ob und inwieweit Mängel der Gebotsordnung überhaupt und in den fraglichen Lebensbeziehungen im besonderen im Weg der Auslegung berichtigt werden dürfen. — Zunächst in Frage steht das Verbot der Klagverbindung. Die Vorschrift des § 615, die eine Kombination der Herstellungsklage nur mit der Eheanfechtungs- und der Scheidungsklage gestatten will, wurde, wie schon hervorgehoben, unverändert aus der alten in die neue ZPO. übernommen. Dieser Bestimmung liegt nach der Begründung des Entwurfs zur alten ZPO. der Gedanke zugrunde, eine andere Klagverbindung sei mit Rücksicht auf die Eigentümlichkeiten des Verfahrens in Ehesachen für unzulässig zu erklären[125]). Diese Interessenabwägung, der auch die Reichstagskommission in beiden Lesungen beitrat[126]), ergibt nun für die bei der Schaffung der alten ZPO. vom Gesetzgeber ins Auge gefaßte Interessenlage zweifellos einen guten Sinn. Denn für eine auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichtete Klage, wie sie landesrechtlich bestand und reichsrechtlich ihre prozessualen Normen finden sollte, war allerdings ein praktisches Bedürfnis nach einer anderweitigen, als der im Gesetz vorgesehenen Klagenverbindung nicht erkennbar. Deshalb konnte die alte ZPO. den unleugbaren praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der Verbindung einer Ehesache mit einer gewöhnlichen Klage namentlich im Hinblick auf die Erweiterung der richterlichen Beweiswürdigung und Prozeßleitung und die Beschränkung der Parteidisposition und Parteiinitiative im Eheprozeß ergeben, in dieser Weise Rechnung tragen, ohne dabei schutzwürdige Interessen zu beeinträchtigen. Auch heute kann dieser Interessenbewertung durchaus zugestimmt werden, soweit die Herstellung des räumlichen Zusammenlebens der

125) Hahn, Materialien zur ZPO. von 1877, I. Abt., S. 402.

126) Hahn, a. a. O., I. Abt., S. 756 (Prot. der Kommission. Erste Lesung) und a. a. O. II. Abt., S. 1051 (Prot. der Komm. Zweite Lesung). Die Stelle gelangte in beiden Lesungen ohne Debatte zur Annahme.

Gatten in Frage steht. In anderen Fällen aber würde heute, wie später im einzelnen auszuführen sein wird, die starre Durchführung des Verbots einer anderweitigen Klagverbindung eine schwere Schädigung schutzwürdiger Lebensbedürfnisse bedeuten [127]).

Von ausschlaggebender Bedeutung für die Interessenwirkung der Herstellungsklage ist die Vorschrift des § 888, Abs. II ZPO. Die Gebotsschwäche des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft liegt nicht darin, daß die Rechtsordnung dem Rechtsträger den Klagschutz versagt, sondern darin, daß sie den siegreichen Kläger davon ausschließt, vom Staat die zwangsweise Verwirklichung seines Rechts zu verlangen. Diese Schutzbeschränkung steht mit dem modernen Rechtsempfinden und den an anderer Stelle geschilderten Tendenzen der neueren Rechtsentwicklung grundsätzlich im Einklang. Das moderne Recht geht von der Erkenntnis aus, daß der Wille zur ehelichen Gemeinschaft nicht erzwungen werden kann. Das Rechtsgefühl des modernen Menschen erträgt keine Eingriffe staatlicher Zwangsgewalt in die freie sittliche Entschließung der Ehegatten. Der Staat kann diesen nur den Gesetzesbefehl vor Augen stellen, das „rechtliche Soll", von dem Planck im Reichstag sprach; die Verwirklichung des Gebots aber muß er der Moral überlassen. Das entspricht auch dem gesunden Menschenverstande. Es bedarf keiner Worte dafür, daß von einer zwangsweisen Einwirkung keine Heilung oder Besserung des ehelichen Verhältnisses erwartet werden kann. Der angestrebte Zweck, die dauernde Herstellung eines gesunden oder wenigstens erträglichen Ehelebens, müßte dadurch in sein Gegenteil verkehrt werden. Die Anwendung staatlichen Vollstreckungszwangs zur Wiederherstellung der Ehegemeinschaft würde die Gatten mit Empörung und Erbitterung erfüllen und zu ganz unerträglichen Zuständen führen. — Auffallenderweise vertreten Opet [128]) und Matthias [129]), sowie die älteren Auflagen des Kommentars von Staudinger die Ansicht, daß die Vorschrift des § 888, Abs. II ZPO. nur den zivilprozessualen Zwang ausschließe, die Anwendbarkeit landesrechtlichen Polizeizwangs dagegen,

---

127) So namentlich bei den von § 1355 BGB. normierten Interessenbeziehungen (Recht und Pflicht der Frau zur Führung des Mannesnamens), ferner in allen Fällen, wo die Verbindung der Herstellungsklage mit Schadensersatzansprüchen erforderlich wäre; schließlich bei den Unterhaltsklagen aus §§ 1360, 1361 BGB.

128) Opet, Kommentar, Note 3 zu § 1353.

129) Matthias, Lehrbuch, Bd. II, S. 250.

soweit solcher landesrechtlich vorgesehen sei, nicht in Frage stelle. Die Anwendung dieses Zwangs verstößt jedoch trotz seines polizeilichen Charakters gegen den Geist des modernen Rechts. Die Fürsorgetendenz des alten Polizeistaats entspricht nicht mehr den modernen Anschauungen. Die alte ZPO. von 1877 hatte noch auf die Rudimente dieser Rechtszustände Rücksicht genommen und im ehemaligen § 774, Abs. II die Anwendung von Beugestrafen zur Vollstreckung des Herstellungsurteils nur insoweit für unzulässig erklärt, als dies auch landesgesetzlich verboten war. Demgegenüber ist es aber gerade der Unterschied der durch die Novelle von 1898 geschaffenen neuen ZPO., daß sie hier eine einheitliche reichsrechtliche Regelung bringt, die mit den alten Anschauungen bricht und nicht nur die Anwendung des zivilprozessualen Zwanges, sondern auch der polizeilichen Exekutionsmaßnahmen des Landesrechts ausschließt[130]). —

Immerhin haben diese Erwägungen über die Unzulässigkeit zivilprozessualen Zwangs zur Vollstreckung des Herstellungsurteils im Hinblick auf die Totalität der integrierenden Lebensbedürfnisse nur grundsätzlich ihre sachliche Berechtigung. Es kann im Bereich der Herstellungsklage Rechtsbeziehungen geben, wo die Anwendung von Vollstreckungszwang durch praktische Bedürfnisse geboten ist, ohne dem sittlichen Wesen der Ehe und dem modernen Rechtsempfinden zu widersprechen. Eine Interessenbewertung, die für die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, auf Leistung der ehelichen Pflicht, auf eheliche Beistandsleistung, auf geistige Gemeinschaft, für die Klage des Mannes auf Befolgung einer von ihm gemäß § 1354 getroffenen Entscheidung, für die Klage der Frau auf Gestattung der Haushaltsleitung (§ 1356, Abs. I) zu guten und brauchbaren Ergebnissen führt, kann in anderen Fällen ihren Sinn verlieren[131]). Bei diesen Interessenlagen würde die Schädigung der Lebensinteressen, die mit dem Festhalten an der Schutzbeschränkung des § 888, Abs. II ZPO. verbunden wäre, gerade dem Rechtsgefühl,

---

130) Zustimmend Planck, Kommentar, Vorbem. 5 vor § 1353; Dernburg, a. a. O., § 3, Anm. 9; Gauß, a. a. O. S. 62 ff.; Joerges, a. a. O. S. 52; neuerdings auch Staudinger, Bem. 4 zu § 1353. Vgl. auch Werner, „Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft in seiner prozessualen Durchführung" (Würzburger Diss. 1910), S. 90.

131) So bei den Namensinteressen (§ 1355), bei der Unterhaltsgewährung (§ 1360) und in allen Fällen, wo Geldleistungspflichten durch das Wesen der Ehe geboten erscheinen.

der Lebensanschauung vom Wesen der Ehe widerstreiten. Es blieben also durch das Festhalten am Wortlaut gerade die grundsätzlichen Wertungen des Gesetzgebers unberücksichtigt, die für die Entstehung des Wortlauts bestimmend waren.

Die Vorschrift des § 612, Abs. II, nach welcher der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Gatten zur Erhebung der Herstellungsklage nicht befugt sein soll, verdankt ihre Entstehung ebenfalls der Novelle von 1898. Die Begründung zur Novelle führt dazu aus, bei der Scheidungsklage und der Anfechtungsklage würde es zwar dem praktischen Bedürfnisse widersprechen, die Erhebung einer derartigen Klage einfach auszuschließen. Demgegenüber kämen die Bedenken, die sich aus der Natur des ehelichen Verhältnisses ergeben, nicht in Betracht. Anders liege es bei der Herstellungsklage. Hier handle sich es stets um eine ausschließlich die persönlichen Beziehungen der Gatten berührende Frage, die zu einem Vorgehen des gesetzlichen Vertreters keinen Anlaß bieten könne und es erscheine daher richtig, ihm die Erhebung dieser Klage ausdrücklich zu versagen. Nach Maßgabe dieser Erwägungen habe der Absatz 2 der Stelle die einschlägigen Verhältnisse geordnet[132]). Bei den Kommissionsberatungen erhob sich kein Widerspruch. Die Vorschrift wurde später in der Fassung des Entwurfs Gesetz. Nun macht die hier getroffene Interessenabwägung zweifellos dem Feingefühl des Gesetzgebers alle Ehre. Tatsächlich ist es für das moderne Rechtsempfinden eine unwillkommene Vorstellung, daß ein Außenstehender, der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Gatten, die durch die Ehegemeinschaft begründeten persönlichen Rechtspflichten gerichtlich geltend macht. In weitem Umfang besteht dafür auch kein schutzwürdiges Bedürfnis. So kann kein Interesse für die Zulässigkeit einer Klage des gesetzlichen Vertreters eines geschäftsunfähigen Mannes auf Befolgung einer von diesem getroffenen Entscheidung im Sinn des § 1354, Abs. I, oder einer geschäftsunfähigen Frau auf die Durchführung ihrer Haushaltsleitung oder ihrer Schlüsselgewalt anerkannt werden. Es wird sich jedoch zeigen, daß die gesetzliche Interessenbewertung nicht für alle hier in Frage stehenden schutzbedürftigen Lebensbeziehungen das Richtige trifft. Gerade das Wesen der Ehe, auf welches der Gesetzgeber hier in erster Linie abstellt, kann es erforderlich machen, daß der gesetzliche

132) Vgl. dazu Hahn-Mugdan: „Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen", 8. Bd. Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung usw. (Berlin 1898). S. 120 f.

Vertreter eines geschäftsunfähigen Gatten die Herstellungsklage erheben kann[133]).

Die vorgenommene gesetzeskritische Untersuchung mündet hier in die allgemeine Frage aus, ob die Rechtsprechung gegenüber den in der ZPO. für die Herstellungsklage gegebenen Normen so frei gestellt werden kann, daß sie je nach den Bedürfnissen des Einzelfalls diejenigen Bestimmungen unangewendet läßt, deren Anwendung eine Schädigung schutzwürdiger Lebensinteressen mit sich bringen würde. Festzuhalten ist dabei, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung der Novelle von 1898 an der Tatsache vorbeigegangen ist, daß nach dem Recht des BGB. die Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft nur mehr ein Teil eines größeren Pflichtensystems ist, das durch die Rechtsidee der ehelichen Lebensgemeinschaft inhaltlich bestimmt wird. Die gestellte Frage führt zu dem schwierigsten Problem der Gesetzesauslegung, zu der Frage der richterlichen Gebotsberichtigung. Kann der Richter unter Umständen vom Gesetz abweichen? Kann er, wie es hier erforderlich wäre, die Anwendung einzelner Normen in gewissen Fällen ablehnen? — Der Verfasser geht mit Rümelin[134]) und Heck[135]) von der Grundanschauung aus, daß „die fundamentalen Rechtssätze immer bedingt sind durch die Entscheidung von Interessenkonflikten seitens der Rechtsgemeinschaft" und daß „in einem hochentwickelten Recht wie dem unseren auch die Ausbildung des Detailrechts überwiegend in dieser Weise erfolgen soll und tatsächlich erfolgt"[134]). Gerade die letztere Einsicht hat sich auch hier bestätigt. Auf Grund des vollständigen Materials konnte ein definitives Bild derjenigen Gebotsvorstellungen gewonnen werden, die für die Entstehung der fraglichen Gesetzesstellen historisch bestimmend waren. Es hat sich gezeigt, daß der in gemeinrechtlichen und landesgesetzlichen Traditionen befangene Gesetzgeber auch in der Novelle von 1898 bei seinen Rechtsschutzerwägungen von einer Klage auf Herstellung der Hausgemeinschaft ausging. Soweit aber solche bestimmten Interessenabwägungen zugrunde liegen, soweit wird der Richter auch die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen haben[136]). Jedoch ist das von

133) Beim Unterhaltsanspruch aus § 1360 BGB. (vgl. dazu das 14. Kapitel).

134) M. Rümelin: „Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB.", Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 98, S. 329 ff.

135) Heck, DJZ. 1905, Nr. 24, S. 1139 und ausführlich in „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", sowie im „Grundriß des Schuldrechts" (Anhang).

136) So mit Recht M. Rümelin, a. a. O. S. 330.

den legislativen Erfolgsvorstellungen gewonnene Bild für den Richter nicht unter allen Umständen bindend. Gelangt man vielmehr zu dem Resultat, daß das Gesetz lückenhaft ist, so wird man dem Richter das Recht einräumen müssen, aus der gewählten Konstruktion keine Konsequenzen zu ziehen, sondern den Fall durch neue Interessenabwägung zu entscheiden. Allerdings sei hier gleich von vornherein mit allem Nachdruck hervorgehoben, daß diese Befugnis des Richters zu selbständig wertender Gebotsbildung immer nur bedingt sein darf. Das definitive Bild, das er von den eine Gesetzesstelle historisch begleitenden Vorstellungen gewinnt, kann unter Umständen nicht maßgebend sein; schlechthin maßgebend ist dagegen immer das Gesamtbild der überhaupt gesetzlich geschützten Interessen[137]). Dafür sprechen zwei absolut entscheidende Gesichtspunkte der Rechtsanwendung: Die Wahrung der Autonomie der Rechtsgemeinschaft und die Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit, die Wahrung der Stabilitätsinteressen. Der Richter, der bei der wertenden Gebotsbildung diese Schranken nicht beachtete, würde seine Aufgabe von Grund aus mißverstehen. Sein Ziel ist Interessenschutz in Unterordnung unter den Gemeinschaftsgedanken; ein abweichendes Vorgehen aber müßte, wie Heck mit Recht sagt, als Gesetzesvereitlung bezeichnet werden[138]). Die Gefahr des richterlichen Subjektivismus und der Rechtsunsicherheit muß unter allen Umständen vermieden werden. Das Bedürfnis der Rechtssicherheit bildet, wie Rümelin betont, „eine immer zu respektierende Schranke für die freie Auslegung und für die innerhalb derselben zur Anwendung zu bringende Interessenabwägung“[139]).

Hier kann der Richter jedoch eingreifen, da die Gemeinschaftsinteressen es gebieten und das Rechtssicherheitsinteresse es gestattet. Es könnte sich höchstens noch fragen, ob der Richter nur fehlende Gebote ergänzen oder auch, wie es hier erforderlich wäre, die Anwendung einzelner Normen ablehnen darf. Hier hat die Prüfung der vorhandenen Normen unter dem Gesichtspunkt ihrer praktischen Brauchbarkeit zu dem Ergebnis geführt, daß es nicht an historisch nachweisbaren Geboten fehlt, die schutzwürdige Gemeinschaftsinteressen schützen, sondern daß diese historisch erkennbaren Gebote unter Umständen solche Interessen schädigen. Doch wird man mit Heck und Rümelin die richterliche Gebotsbildung nicht auf die Ergänzung

137) Heck, „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz“, S. 201.
138) Heck, „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz“, S. 201.
139) M. Rümelin, a. a. O. S. 330.

fehlender Einzelgebote beschränken, sondern auch auf die Berichtigung unpassender Gebote ausdehnen[140]). Die Fehlerquellen sind in beiden Fällen gewöhnlich dieselben. Es handelt sich regelmäßig um Anschauungslücken. Das trifft auch hier zu, wo der Gesetzgeber noch im Banne der überkommenen Rechtsschutzvorstellungen stand und deshalb nicht dazu gelangte, die Veränderung der anerkannten Gemeinschaftsinteressen, die Erweiterung und Komplizierung der rechtsschutzwürdigen integrierenden Beziehungen zu überblicken. Die Folge ist, daß die gegebenen Einzelgebote nur für den angeschauten Interessenkomplex durchweg passen, daß aber dort, wo die Lücke in der Anschauung des Gesetzgebers der legislativen Ordnung im Wege stand, einzelne Normen unter Umständen anerkannte Interessen verletzen. Auch hier ist daher die voll befriedigende Verwirklichung des beabsichtigten Interessenschutzes nur dann möglich, „wenn nicht nur die legislativen Unterlassungen nachgeholt, sondern auch die legislativen Gebotsfehler berichtigt werden“[141]). Auch in der Praxis wird sich die eine Form der richterlichen Initiative nicht ohne die andere durchführen lassen. Mit Recht weist Heck darauf hin, daß derjenige Richter, der zwar Lücken absichtsgemäß ergänzen, aber sich andrerseits vor interesseverletzenden, auf den Fall nicht berechneten und fehlerhaften Gebotsvorstellungen beugen wollte, sehr oft entweder auf die Ergänzung verzichten oder die richtige historische Erkenntnis opfern müßte[142]). Außerdem sind die Grenzen beider Formen schon im Hinblick auf die Gleichheit der Fehlerquellen fließend, so daß eine genaue praktische Scheidung untunlich erscheint. Es wird dem Richter also gestattet werden müssen, nicht nur fehlende Normen zu ergänzen, sondern auch von der Anwendung interesseverletzender Bestimmungen unter Umständen abzusehen, nämlich dann, wenn Stabilitätsinteressen nicht im Wege stehen.

Dies kann jedoch bei den hier in Frage stehenden prozessualen Normen und ihrer Anwendung nicht anerkannt werden. Hier kann der Gesetzeszweck ohne die Zulassung einer richterlichen Korrektur in den oben genannten Fällen überhaupt nicht oder doch nicht voll befriedigend erreicht werden. Neben diesen praktischen Bedürfnissen läßt sich kein überwiegendes Rechtssicherheitsinteresse erkennen. Dafür spricht schon die Tatsache, daß es sich hier nur um Fälle der „Rand-

140) Heck, a. a. O. S. 201, 204; M. Rümelin, a. a. O. S. 330.
141) Heck, a. a. O. S. 204.
142) Heck, a. a. O. S. 205.

berichtigung" handelt, wie Heck mit gutem Bilde sagt[143]), oder um Fälle der „restriktiven Auslegung", um der sachlich gleichbedeutenden Terminologie von Enneccerus zu folgen[144]). — Heck unterscheidet innerhalb des Gebotsinhaltes bei der Gebotsvorstellung, wie bei anderen Vorstellungen, einen „Kern", der im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gestanden hat, und einen „Hof", einen „Rand", Elemente, die mit geringerer Intensität aufgefaßt wurden. Es ist Heck durchaus zuzugeben, daß die Zulässigkeit der Abweichung, der Gebotsablehnung, wie sie hier in Frage steht, nur in ganz seltenen Ausnahmefällen auf die zentralen Gebiete des legislativen Gesichtskreises sich erstrecken darf. Dies ist hier aber gar nicht erforderlich. Die hier vorliegenden Anschaungslücken in der Gebotsvorstellung des Gesetzgebers sind durchaus peripherisch. An der Peripherie der legislativen Erfolgsvorstellung aber sind einmal Anschauungslücken der Natur der Sache nach wahrscheinlicher als im Zentrum. Andrerseits ist aber namentlich das Rechtssicherheitsinteresse bei dem Kern der Vorschrift zweifellos viel stärker, als bei den an der Grenze der legislativen Gebotsvorstellung liegenden Interessenbeziehungen. Hier aber wird der Kern der legislativen Erfolgsvorstellung gar nicht in Frage gestellt, sondern nur dem Richter gestattet, einzelne Gebote bei bestimmten Sachlagen, für welche sie offenbar nicht bestimmt waren, nicht zur Anwendung zu bringen. Außerdem wäre es gerade bei prozessualen Vorschriften, die dem Schutze der Ehegemeinschaft, also eines sozialen Integrationsprozesses, dienen, verfehlt, die freie Auslegung zugunsten der Bindung an bestimmte Formulierungen und Konstruktionen zurückzudrängen. Auch diese Normen haben ihren integrierenden Sinn, der eine elastische Auslegung zur Pflicht macht. Schließlich drängt die ganze Entwicklung unseres Rechts auf die Entfaltung der freien Auslegung. Mit vollem Recht weist Rümelin darauf hin, daß die Vermutung zugunsten der Interessenwertungen und gegen die Konstruktionskonsequenzen spricht, wenn ein Entwicklungsstadium erreicht ist, wie in unserem Recht, „das unbestrittenermaßen der freien Auslegung und dem richterlichen Ermessen weitesten Spielraum eingeräumt hat"[145]). Die hier entwickelten Grundsätze stehen weder mit dem Gedanken der Autonomie der Rechtsgemeinschaft noch mit den oben begründeten Postulaten der historischen Auslegungs-

143) Vgl. dazu und zum Folgenden Heck, a. a. O. S. 206 f.
144) Vgl. Enneccerus, Lehrbuch, I. Bd. § 53, II und III.
145) Vgl. dazu Rümelin, a. a. O. S. 332.

methode in Widerspruch. Sie werden vielmehr, wie Heck nachweist, durch ihr Zusammenwirken unmittelbar gefordert. Die Autonomie der Rechtsgemeinschaft verlangt von der Rechtsprechung die Befriedigung der im Gesetz als schutzwürdig anerkannten Lebensbedürfnisse. Die historische Gebotsauslegung aber lehrt selbst, daß „dieses Ziel nicht dadurch erreicht werden kann, daß man stets unter erkannte Gebotsvorstellungen subsumiert, sobald die Subsumtion logisch möglich ist, sondern nur dadurch, daß man von der Subsumtion Abstand nimmt, wenn die Subsumtion die legislativen Interessen schädigen würde“ [146]). Daher handelt es sich bei der Gebotsberichtigung, wie Rümelin treffend sagt, „um etwas ganz anderes, als um Gehorsamsverweigerung oder Gesetzesänderung, nämlich um einen denkenden Gehorsam“ [147]).

Alle diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß die Rechtsprechung nicht nur das Recht, sondern die Pflicht hat, die Anwendung der für die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegebenen prozessualen Normen insoweit abzulehnen, als im Anwendungsfalle Interessenverletzungen eintreten würden. Eine spezielle Schranke der Gebotsberichtigung bildet hier naturgemäß stets die Lebensauffassung vom Wesen der Ehe. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Einzelfall soll im IV. Abschnitt der Arbeit erfolgen.

Hier sollen noch die wichtigeren der von der Rechtsprechung zur Herstellungsklage entwickelten Verfahrensgrundsätze Erwähnung finden. Nach RG. 95, S. 330 und 97, S. 287 hat der Kläger im Klagantrag die spezielle Verpflichtung genau anzugeben, die der Beklagte erfüllen soll. Dementsprechend ist auch der Urteilstenor zu spezialisieren. Eine lediglich die Verurteilung „zur Herstellung des ehelichen Lebens“ enthaltende Urteilsformel soll allerdings dann zulässig sein, wenn sich aus den Urteilsgründen klar erkennen läßt, was gemeint ist (RG. 51, 182). Beweislastregeln gibt RG. 103, S. 46. Danach trifft gegenüber der Herstellungsklage grundsätzlich den Beklagten die Beweislast für das Bestehen von Tatsachen, die ihn zur Verweigerung der Gemeinschaft berechtigen. Nur unter ganz besonderen Umständen, namentlich wenn der Kläger bereits in einem Vorprozeß abgewiesen wurde und sein damaliges Verhalten auch jetzt noch sein Her-

146) Heck, a. a. O. S. 207.

147) Rümelin in „Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts“ (Zweiter Münchner Vortrag) im Arch. ziv. Praxis, Neue Folge, 2. Band, S. 290.

stellungsverlangen als mißbräuchlich erscheinen läßt, kehrt sich die Beweislast um. Dann hat der Kläger zu beweisen, daß er ohne Mißbrauch seines Rechtes die Herstellung verlangt. Nach ständiger Praxis ist ferner das Vorliegen eines „Mißbrauchs" im Sinn des § 1353, II stets von Amts wegen zu prüfen, unabhängig davon, ob es als Einwand geltend gemacht wurde (JW. 1900, S. 891 ff.; 1905, S. 110; 1906, S. 336 ff.). — Die Frage, wann ein Rechtsmißbrauch im einzelnen Fall vorliegt, ist bei der Elastizität des Begriffs keine Frage der logischen Subsumtion, sondern der richterlichen Rechtsfindung. Dadurch wird jedoch die Tatsache nicht berührt, daß die Vorschrift des § 1353, Abs. II, Satz 1 eine revisible Norm ist. Die Frage, ob das Herstellungsverlangen mißbräuchlich ist, unterliegt der Revision. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, wird die Frage von der Praxis als Subsumtionsfrage behandelt. In diesem Sinn sagt das RG., daß es sich dabei um eine „Rechtsfrage", nicht um eine „Tatfrage" handle („Recht", 1923, Nr. 1164).

Achtes Kapitel.

Aus der Rechtsprechung zum § 1353 BGB. in bezug auf die Abgrenzung der Interessen der einzelnen Ehegatten gegenüber den Interessen der Ehegemeinschaft.

Die schwierigsten Probleme erwachsen der Rechtsprechung, wenn rechtlich anerkannte Interessen untereinander in Konflikt geraten. So ist es auch im Bereich des § 1353 die schwierigste, aber auch praktisch wichtigste Frage, inwieweit rechtlich geschützte Interessen eines Ehegatten hinter die Interessen der Ehegemeinschaft zurückzutreten haben. Die Rechtsprechung hat sich grundsätzlich für Überordnung der ehelichen Interessen ausgesprochen. Sie hat den Gedanken entwickelt und festgehalten, daß jeder Ehegatte verpflichtet sei, die in seiner Person der Ehegemeinschaft entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen. Nach diesem Grundsatz sind die Gatten auch zu solchen Handlungen verpflichtet, die nur mittelbar der Verwirklichung voller ehelicher Lebensgemeinschaft dienen[148]).

So hat ein Urteil des OLG. Hamburg von 14. 6. 1901[149]) aus-

148) Wolff (a. a. O. § 31) spricht hier mit guter Formulierung von der Verpflichtung der Gatten zu „vorbereitenden Handlungen".

149) OLG. Bd. 3, S. 245.

gesprochen: Jeder Ehegatte hat ein im Rechtsweg verfolgbares Recht, daß ihm der andere Teil über Entstehung und Charakter einer bei ihm auftretenden Geschlechtskrankheit verläßlichen Aufschluß gebe und zu diesem Zwecke den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinde.

Noch weiter ist das Reichsgericht gegangen. Nach ständiger Übung ist ein Ehegatte, der wegen psychischer Krankheit von dem anderen Gatten getrennt lebt, auf dessen Verlangen verpflichtet, sich zur Heilung seines Leidens in eine Nervenheilanstalt zu begeben. Dieser Grundsatz wurde zum ersten Mal in der Entscheidung vom 14. 4. 1902[150]) ausgesprochen. Hier wurde die Entscheidung noch rechtsirrtümlich auf die Vorschrift des § 1354 BGB., auf das Entscheidungsrecht des Ehemanns in das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten gestützt. Diese Begründung hat das Reichsgericht in den Entscheidungen vom 1. 12. 1904 (RGZ. Bd. 59, S. 256 ff.) und vom 5. 5. 1919 (RGZ. Bd. 95, S. 330 ff.) dahin berichtigt, daß es sich bei dieser Frage nicht um eine das eheliche Gemeinschaftsleben, sondern den betroffenen Gatten allein angehende Angelegenheit handle. Diese Auffassung entspricht auch durchaus moderner Lebensanschauung. In Sonderangelegenheiten der Frau aber hat der Mann kein Entscheidungsrecht. Statt dessen hat das Reichsgericht die Verpflichtung des kranken Gatten, zur Herstellung seiner Gesundheit eine Heilanstalt aufzusuchen, unmittelbar auf die im § 1353 enthaltene allgemeine Rechtspflicht zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft gegründet. Demnach muß die Verpflichtung zum Aufsuchen einer solchen Heilanstalt gegebenenfalls beide Ehegatten, nicht nur einseitig die Frau allein, treffen. „Die Verpflichtung eines kranken Ehegatten, zur Ermöglichung voller Wiedervereinigung unter Umständen eine Heilanstalt aufzusuchen, ergibt sich ohne weiteres aus dem sittlichen Wesen der Ehe," lehrt die Entscheidung im 95. Band in Wiederholung der im 59. Band ausgesprochenen Gedanken.

Die auf den § 1354 gestützte Entscheidung fand im Schrifttum einmütige Ablehnung. Jedoch haben auch die beiden letzteren Urteile mehrfach Widerspruch gefunden. Nicht den Kern des Problems trifft allerdings die formalistische Kritik Labands[151]). Dieser führt aus, es sei keine Herstellung des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens, wenn der kranke Ehegatte in eine Heilanstalt verbracht werden soll.

150) RGZ. Bd. 51, S. 182.
151) In DJZ. 1903, S. 69.

Natürlich ist das Aufsuchen der Anstalt hier nicht Selbstzweck, sondern „vorbereitende Handlung" zum Endzweck der Wiederherstellung der Ehegemeinschaft, die sich nur durch die Heilung des kranken Gatten erreichen läßt. — Bedeutsamer sind die Einwände von Endemann[152]) und Gauß[153]). Sie erblicken in dieser Rechtsprechung eine Überspannung des Ehezwecks, dem die Gatten nicht sklavisch verfallen sein dürften. Die Freiheit der persönlichen Selbstbestimmung dürfe dem Ehezweck nicht geopfert werden. — Auch v. Seeler[154]) lehnt die Entscheidungen ab und will, wenn ein Gatte sich vorsätzlich in krankhaftem Zustand erhält, um sich der Ehegemeinschaft zu entziehen, den anderen Gatten auf das Scheidungsrecht verweisen. Staudinger bezeichnet die fraglichen Entscheidungen ohne nähere Begründung als nicht ganz unbedenklich[155]).

Maßgebend zur Lösung solcher Interessenkonflikte kann nach dem Prinzip des § 1353 nur die sittliche Lebensanschauung sein. Daraus folgt, daß den Gatten mit dem Abschluß der Ehe die Verpflichtung erwächst, der Verwirklichung der Ehegemeinschaft persönliche Interessen insoweit zu opfern, als diese nicht höheren sittlichen Wert haben, als die Verpflichtung zur ehlichen Lebensgemeinschaft. Diesen Grundsatz wird man ohne weiteres als im § 1353 enthalten betrachten können. — Bilden also die in der Volksgemeinschaft herrschenden ethischen Normen den Wertmesser, so kann beispielsweise niemals eine Frau dazu verurteilt werden, die Pflege ihrer kranken Kinder aufzugeben, um sich der Ehegemeinschaft zu erhalten. Ebensowenig kann ein Gatte dazu verurteilt werden, sich einer lebensgefährlichen Operation zu unterziehen, etwa um volle eheliche Geschlechtsgemeinschaft oder um Konzeptionsfähigkeit herbeizuführen[156]).

Wird dagegen ein Ehegatte von einer Krankheit befallen, die bei sachgemäßer Behandlung ohne Gefährdung heilbar ist und erhält er sich in ehewidriger Absicht in krankhaftem Zustand, so verletzt er damit zweifellos die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Ein Recht auf Krankheit kennt die Ethik so wenig wie die Rechtsordnung, und die vom Gesetz garantierte Souveränität über den eigenen Körper findet ihre Grenze, wenn sie dazu mißbraucht wird, um anerkannte

152) Vgl. a. a. O. § 169, Anm. 15.
153) Vgl. a. a. O. S. 27.
154) v. Seeler, „Glossen zur Praxis des Reichsgerichts" (Halle. 1908), S. 111.
155) Staudinger, Komm. Bem. 1 zu § 1353.
156) Ebenso Wolff, § 31, IV, Ziff. 3.

Gemeinschaftsinteressen zu verletzen. Für diesen Fall wird man also gegen v. Seeler die Herstellungsklage gewähren.

Ebenso wird man der mitgeteilten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg beistimmen. Das von der Rechtsordnung anerkannte Interesse des Patienten am Schweigen des Arztes hat im Verhältnis zum anderen Ehegatten hinter die höher zu bewertenden Interessen der Ehegemeinschaft zurückzutreten. Bei der hohen Bedeutung der Geschlechtsgemeinschaft für das Leben der Ehegemeinschaft handelt es sich hier um eine für den Bestand der Ehe unmittelbar entscheidende Frage.

Liegen diese Fälle nach der einen oder anderen Seite hin klar, so handelt es sich um einen ausgesprochenen Grenzfall, wenn der kranke Gatte sich lediglich gegen den mit der Unterbringung in der Nervenheilanstalt verbundenen Verlust seiner Freiheit und Selbstbestimmung wehrt. Hier ist es tatsächlich Weltanschauungsfrage, ob man das Individualinteresse des kranken Gatten oder das Kollektivinteresse der Ehegemeinschaft höher bewerten will. Aus diesem Grunde wird in dieser Frage immer die Gefahr des richterlichen Subjektivismus, die Gefahr, daß der Richter seine eigene Einstellung der Urteilsfindung zugrunde legt, besonders groß sein. Die rechtliche Urteilsbildung aber ist an das Gesetz als alleinige Richtschnur gebunden. Bei objektiver Prüfung der im § 1353 enthaltenen Norm wird man sagen müssen, daß das Gesetz für den Zweifelsfall die Überordnung der ehelichen über die individuellen Interessen gebietet. Die Ethik kann im Pflichtenwiderstreit die Entscheidung der sittlichen Entschließung des Pflichtenträgers überlassen, die Rechtsordnung dagegen muß gerade für den Zweifelsfall die positive Bestimmung erhalten. Der hier gefundene Leitsatz entspricht nicht nur gesunder Lebensanschauung, sondern auch den oben dargestellten grundsätzlichen gesetzgeberischen Wertungen über die Bedeutung der Ehe für die Rechtsgemeinschaft. Das BGB. hat zwar den Rechtsgedanken der den Gatten als Einzelpersonen übergeordneten ehelichen Genossenschaft im Gegensatz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch abgelehnt und das eheliche Verhältnis als Summe individueller Rechtsbeziehungen ausgestaltet, so daß die Erfüllung der ehelichen Pflichten dem anderen Gatten in Person geschuldet wird. Das berührt jedoch die Tatsache nicht, daß der Grundsatz des § 1353 die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die auch mit den Intentionen des Gesetzgebers durchaus im Einklang steht, im Prinzip rechtfertigt. In dieser Tatsache zeigt es sich, daß das Recht

des deutschen BGB. in der Abgrenzung der Interessen der Ehegemeinschaft von den Individualinteressen der einzelnen Gatten zu gesunden eheerhaltenden Ergebnissen führt, auch wenn es das persönliche Verhältnis der Ehegatten nicht auf genossenschaftlicher Grundlage ausgestaltet hat.

Was an der Praxis des Reichsgerichts Kritik verdient, ist nicht der Grundsatz, der den kranken Gatten zum Aufsuchen der Heilanstalt verpflichtet, sondern die schematische Anwendung dieses Grundsatzes. Mit anderen Worten: Es fehlt den mitgeteilten Erkenntnissen die in die Tiefe gehende Interessenabwägung auf Grund der besonderen Bedingungen des Einzelfalls. Namentlich hätten tatsächliche Feststellungen in der Richtung verlangt werden sollen, ob nach Lage des Falles das Klagbegehren nicht selbst ehewidrig war, ob nicht bei einigem Entgegenkommen die Heilung in der ehelichen Wohnung erreicht werden konnte, ob nicht der Kläger selbst durch sein Verhalten zur Entstehung oder Verschlimmerung des Leidens beigetragen hatte, ob nicht ein anderer Kuraufenthalt mit weniger drückendem Charakter dem Heilungszweck ebenso gut oder noch besser gedient hätte. Eine Modifikation der zu starren Rechtsprechung bringt allerdings die Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. 12. 1906 (Bay.Z. 1907, S. 84). Danach ist in solchen Fällen das Herstellungsverlangen insbesondere dann mißbräuchlich, wenn keine Gewähr für eine dem Wesen der Ehe entsprechende Behandlung des erkrankten Ehegatten nach der Rückkehr aus der Anstalt gegeben ist.

Zu erwähnen bleibt noch, daß das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung im 59. Band die Verpflichtung des kranken Gatten zum Aufsuchen der Heilanstalt auch aus einem Analogieschluß zu der Anschauung von Treu und Glauben folgert. „Wäre diese Verpflichtung (zur ehelichen Lebensgemeinschaft, der Verf.) in einem Schuldverhältnisse begründet, so würde Treu und Glauben auch erfordern, daß der Verpflichtete, soweit es in seinen Kräften steht, etwaige Hindernisse beseitige, die der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung entgegenstehen. Ganz ebenso ist an den Ehegatten — sei es der Mann, sei es die Frau — die Anforderung zu stellen, daß er die Hindernisse beseitige, die der Erfüllung der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft entgegenstehen." Nun begegnet die analoge Anwendung der für die Schuldverhältnisse geltenden Treu- und Glaubensnorm des § 242 BGB. auf das Recht der Ehegemeinschaft bei dem fundamentalen Charakter dieses Prinzips gewiß keinen rechtlichen Be-

denken, zumal hier die Interessen der Rechtsgemeinschaft dieselbe Bewertung verlangen, wie bei den Schuldverhältnissen. Doch ist hier die Rechtsfindung durch Analogie ganz überflüssig, da eine Lückenergänzung gar nicht erforderlich ist. Die Entscheidung kann sich hier mit voller Sicherheit auf die Volksauffassung und auf die gesetzlichen Werturteile über die Bedeutung der Ehe stützen. Sie kann, wie es in dem zitierten Urteil im 95. Band geschieht, unmittelbar aus der Norm des § 1353 BGB. gewonnen werden.

Durchaus anzuerkennen ist der vom Reichsgericht im Urteil vom 29. 4. 1915 (Bd. 87, S. 56 ff.) aus dem § 1353 entwickelte Grundsatz, daß in vermögensrechtlicher Hinsicht aus dem Wesen der Ehe auch Folgerungen gezogen werden dürfen, die das Gesetz nicht ausdrücklich ausspricht. Danach haben die Ehegatten auch bei der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche untereinander ihr Verhalten so einzurichten, daß es mit dem sittlichen Wesen der Ehe im Einklang bleibt. Die Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche sei überhaupt ausgeschlossen, wenn sie dem Wesen der Ehe widerstreite.

Auch in der Frage des Rechtsmißbrauchs im Sinn des § 1353, Abs. II können sich Pflichtenkollisionen ergeben. Hier wird man dem RG. (Urteil vom 19. 1. 20, JW. 20, S. 437) darin beistimmen, daß in der Weigerung des Mannes, auch den volljährigen, erstehelichen Kindern der Frau Wohnung zu gewähren, dieser gegenüber grundsätzlich kein Mißbrauch zu erblicken ist. — Dagegen bejaht das RG. (Urteil vom 9. 12. 22, BayZ. 1923, S. 67) die Frage des Mißbrauchs bei der Weigerung des Mannes, ein minderjähriges, pflege- und erziehungsbedürftiges ersteheliches Kind der Frau bei sich aufzunehmen. Auch diese Interessenabgrenzung steht mit gesunder sittlicher Lebensanschauung durchaus im Einklang.

Vierter Abschnitt.

Die Rechtsstellung der Ehegatten in der Ehe und die ehelichen Rechtspflichten im einzelnen.

Neuntes Kapitel.

Das Entscheidungsrecht des Ehemanns gemäß § 1354 BGB.

Die ausschlaggebende Bedeutung der allgemeinen Kulturzustände und der Volksanschauungen für das Eherecht zeigt sich namentlich in

der Rechtsstellung der Geschlechter in der Ehe. Für das BGB. war auch dabei die Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts bestimmend. Diese zeigt den Gedanken einer Angleichung der Rechtsstellung der Frau an die des Mannes in ständigem Fortschreiten. Der Mangel der Prozeßfähigkeit, welche das preußische Landrecht der Frau noch versagt hatte, wurde durch verschiedene Gesetze behoben, zunächst hinsichtlich der Handelsfrau vom alten HGB., Art. 6, dann für die Gewerbefrau von der Gewerbeordnung in § 11. Zuletzt bestimmte die ZPO. von 1877 im alten § 51, daß die Prozeßfähigkeit einer Frau durch ihre Eigenschaft als Ehefrau nicht beschränkt werde. Diese Entwicklung vollendet das BGB. Nach geltendem Recht wird die Geschäftsfähigkeit einer Frau durch ihre Eigenschaft als Ehefrau ebensowenig beschränkt, wie nach dem heutigen § 52, II ZPO. ihre Prozeßfähigkeit. Ein während der Beratungen der 2. Kommission bei der Entstehung des BGB. gestellter Antrag, dies ausdrücklich auszusprechen, wurde mit Recht wegen der Entbehrlichkeit einer solchen Vorschrift abgelehnt[157]). Treffend sagt daher Stein-Jonas[158]), daß der Absatz II des § 52 ZPO. für das Recht des BGB. überflüssig ist. Von einer eheherrlichen Vormundschaft im Sinne der Mundialgewalt des alten Rechts kann bei der Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Frau des neuen Rechts keine Rede mehr sein. Ein solches mundium maritale des Mannes würde auch dem modernen Rechtsgefühl und den individualistischen Anschauungen und Triebkräften der Rechtsepoche durchaus zuwiderlaufen. Abzulehnen ist daher die Meinung Cosacks[159]) und Kuhlenbecks[160]), der Mann sei auch heute noch kraft Gesetzes Vormund der Frau. Vielmehr kann die Frau sich unter den allgemeinen Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit rechtswirksam verpflichten (§ 1399 BGB.). Wenn sie zur Verfügung über ihr eingebrachtes Gut im gesetzlichen Güterstand der Zustimmung des Mannes bedarf (§ 1395 BGB.), so liegt der Grund dafür nicht, wie in den älteren Rechten, in einer Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit durch die Vormundstellung des Mannes, sondern in der Beschränkung ihres Verfügungsrechts durch das ehemännliche Verwaltungsrecht[161]). —

157) Mot. IV, S. 110, Prot. IV, S. 100.

158) Stein-Jonas, Komm. Bem. IV, zu § 52 ZPO.

159) Cosack, Lehrbuch, II. Bd., S. 50.

160) Kuhlenbeck, „Das BGB. für das Deutsche Reich", II. Bd., S. 50.

161) So auch Wolff, § 45, IV, Staudinger, Komm. Vorbem. II zu § 1353, Planck, Komm. Bem. 1 zu § 1354, Stein-Jonas, Komm. Bem. IV zu § 52 ZPO.

Dementsprechend kennt das Gesetzbuch auch in den inneren Rechtsbeziehungen der Ehegemeinschaft kein Muntrecht des Ehemanns. Der § 1354 sagt: „Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung (Abs. I). Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt" (Abs. II). — Der erste Absatz der Stelle entspricht sachlich dem § 184, Abs. II, Satz 1 des preußischen ALR., der bestimmte: „Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft und sein Entschluß gibt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag." Doch begründet § 1354, Abs. I BGB. keine eheherrliche Vogtei, keine puissance maritale des Mannes. Die Bedeutung der Stelle ist vielmehr im wesentlichen organisatorisch. Die Ehegemeinschaft als Willensverband von nur zwei Genossen kann in Zweifelsfällen nicht durch Abstimmung und Majoritätsbeschluß zu einheitlicher Willensbildung gelangen. Aus diesem Grunde mußte einer der Gatten befugt werden, in Zweifelsfällen den Ausschlag zu geben. Dies war nach historischer Überlieferung wie nach herrschender Volksauffassung der Mann, der die Familie begründet und normalerweise auch erhält. So gelangte das BGB., das zweifellos von der rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter als Regel ausgeht, hinsichtlich der Ehefrau im Interesse der Erhaltung eines gesunden Ehelebens zu einer wichtigen Einschränkung dieses Grundsatzes. An Stimmen, die bei der Schaffung des Gesetzbuchs sich für völlige rechtliche Gleichstellung der Geschlechter, auch in der Ehe, aussprachen, hat es nicht gefehlt [162]). Sie wiesen namentlich auf die individualistischen Zeitströmungen hin, die einen Widerspruch von Rechtsordnung und Lebensanschauung befürchten ließen, wenn das neue Eherecht patriarchalische Züge trug. Dem Gesetzgeber schien es jedoch verfehlt, mit der geschichtlichen Überlieferung von der Vormacht des Mannes in der Ehe ganz zu brechen. In einer solchen Eheordnung erblickten weite Kreise des deutschen Volkes ihr Ideal. Sie verlangten, um mit Treitschke zu sprechen, eine Ehe, die die Frau dem Manne sittlich gleich und rechtlich unterordnete [163]). Männer wie Gierke forderten sogar die Beibehaltung der überlieferten Muntgewalt des Mannes für das BGB. Einen vermittelnden Stand-

162) Vgl. dazu Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB., S. 1216.

163) Treitschke, „Deutsche Kämpfe", Neue Folge. Schriften zur Tagespolitik (Leipzig, 1896).

punkt vertrat Planck, der die überkommene Gestaltung zwar als unzeitgemäß für das neue Gesetzbuch ablehnte, aber andrerseits die gänzliche Aufgabe des patriarchalischen Gedankens für unvereinbar mit dem sittlichen Wesen der Ehe und der organischen Verbundenheit der Familie hielt[164]). Für völlige Gleichstellung der Geschlechter kämpfte namentlich das sozialistische Lager. — Das Ergebnis war ein Kompromiß. Das Gesetz vermittelte im Streit der Weltanschauungen und Interessen. War das preußische ALR. von dem alten Gedanken der Mundialgewalt des Mannes ausgehend zu einer Einschränkung dieses Prinzips im Interesse der Frau gekommen (§ 184, II, 1 ALR.), so gelangte das BGB., ausgehend vom Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter, zu einem sachlich gleichen Ergebnis, indem es die Gleichberechtigung der Frau einschränkte und dem Manne in Wahrung der Rechtskontinuität ein im Vergleich zur Frau verstärktes Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft gab. Den Interessen der Frau dient einmal die mit dem preußischen Landrecht übereinstimmende Beschränkung des ehemännlichen Entscheidungsrechts auf die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten. Andrerseits enthält der Abs. II der Stelle eine besondere Schutznorm für die Frau, die nach Inhalt und Methode dem Prinzip des § 1353, Abs. II entspricht. Ein Herrschaftsrecht des Mannes an der Person der Frau dagegen, wie es die Munt der älteren Rechte noch war, ist mit dem BGB. aus dem deutschen Rechte verschwunden. Das Gesetzbuch hat hier einen neuen Rechtszustand geschaffen. Deshalb ist die Ansicht von Sarantakis abzulehnen, der für das BGB. ein dingliches Recht des Mannes an der Person der Frau behauptet und sich dafür namentlich auf den § 1354 beruft[165]). Diese Annahme widerspricht dem Geist unsres Rechts. —

Der § 1354 BGB. unterscheidet drei Komplexe von Angelegenheiten: Die „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden" Angelegenheiten beider Gatten, die persönlichen Angelegenheiten des Mannes und die persönlichen Angelegenheiten der Frau. Im Kreis der gemeinschaftlichen Angelegenheiten hat der Mann das Entscheidungsrecht, die ausschlaggebende Stimme im Zweifelsfall. Daraus folgen drei Verbote:

1. Der Mann darf mit seinem Entscheidungsrecht nicht in den Kreis

---

164) Mugdan, Materialien, S. 1215.

165) Sarantakis, a. a. O. S. 19 ff.

der persönlichen Angelegenheiten der Frau befehlend oder verbietend eingreifen.

2. Der Mann darf eine Mitwirkung der Frau in seiner eigenen Sphäre, insbesondere in seinem Berufe nicht verlangen[166]). Eine Modifikation bringt der § 1356, Abs. II, wonach er eine Mitwirkung verlangen kann, soweit eine solche nach den Lebensverhältnissen der Gatten üblich ist.

3. Die Frau darf sich nicht in Sonderangelegenheiten des Mannes mischen, sie hat kein Recht, daran teilzunehmen. Verlangt sie, daß der Mann sie an Sonderangelegenheiten teilnehmen lasse, die mit der Ehegemeinschaft nichts zu tun haben, ohne daß sie ehewidrig wären, so kann ihr der Mann auch unter dem hier entwickelten Gesichtspunkt, nicht nur unter dem des Mißbrauchs im Sinne des § 1353, Abs. II, S. 1 entgegenhalten, daß ihr in dieser Richtung gar kein Recht zustehe. Darauf wird der Mann sich etwa berufen können, wenn die Frau verlangt, daß er sie an bestimmten fachwissenschaftlichen Studien, an gewissen sportlichen Übungen, an einer ihm gehörigen Jagd teilnehmen lasse. Doch gilt auch das nur als Grundsatz. Es kann Fälle geben, wo der Mann ehewidrig handelt, wenn er sich auf das Vorliegen einer Sonderangelegenheit beruft. Man denke an eine Ehe zwischen Berufs- oder Sportgenossen.

Für die Frau ergibt sich aus § 1354 BGB. das Gebot, der vom Mann innerhalb seiner Befugnis getroffenen Entscheidung Folge zu leisten. Doch folgt aus dem Geist unsres Rechts, wie aus gesunder Lebensanschauung, daß die Frau damit keinem Diktat des Mannes unterworfen ist. Die rechte eheliche Gesinnung wird vielmehr verlangen, daß der Mann die Fragen des gemeinsamen ehelichen Lebens, die der Entscheidung bedürfen, zuerst mit der Frau erörtert. Ist die Frau dabei anderer Meinung, so wird er ihre Gründe anhören und sie seinerseits von der Richtigkeit und Zweckmäßigkeit seines Standpunkts zu überzeugen suchen. Erst wenn sich keine Einigung erzielen läßt, wird es angemessen sein, daß der Mann sein Entscheidungsrecht ausübt. Sollte er ohne vorgängiges Gehör der Frau in einer gemeinschaftlichen Angelegenheit ohne weiteres Gehorsam fordern, so würde darin schon ein Mißbrauch seines Entscheidungsrechts im Sinne des Abs. II des § 1354 zu erblicken sein. —

Die Abgrenzung der drei Interessenkomplexe voneinander ist

166) So auch Wolff, a. a. O. § 31.

schwierig. Maßgebend muß auch hier der Einzelfall in seinem Verhältnis zum Wesen der Ehe sein. Die Gefahr einer zu weiten oder zu engen Auslegung liegt deshalb besonders nahe, weil entsprechend der größeren oder geringeren Innigkeit des ehelichen Verhältnisses persönliche Angelegenheiten als gemeinschaftliche erscheinen können und umgekehrt [167]). Viel zu weit geht jedenfalls die Ansicht Cosacks, der alle Angelegenheiten, die auch nur mittelbar das gemeinschaftliche eheliche Leben berühren, dem Entscheidungsrecht des Mannes unterstellen will [168]). Als praktische Beispiele nennt Cosack den Umgang der Frau mit Verwandten, ihre Toilette, den Besuch von Kirche, Theater, Konzerten und ähnliches mehr. Eine solche Auslegung würde die vom Gesetz vorgenommene Unterscheidung der drei Interessenkomplexe nahezu illusorisch machen. Ein so weitgehendes Kontrollrecht des Mannes verstößt auch zweifellos gegen das moderne Rechtsgefühl. Es ist gerade im Interesse der Erhaltung und Festigung der Ehe abzulehnen. — Den richtigen Weg geht in dieser Frage wohl das Reichsgericht. Es unterstellt hier ganz allgemein die „beiden Ehegatten gemeinsamen, die Gestaltung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse betreffenden Fragen" [169]). Daraus folgt, daß alles, was lebenswesentliche Interessen eines Ehegatten unmittelbar berührt, gemeinschaftliche Angelegenheit im Sinne des § 1354 ist. Das Reichsgericht hat diese Konsequenz in einer neuen Entscheidung gezogen [170]). Danach ist alles, was für einen Gatten unmittelbar lebenswichtig ist, gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit im Sinne des § 1354. Unter Anwendung dieser Grundsätze muß die Entscheidung von Fall zu Fall getroffen werden. —

Bei der Prüfung dieser Frage könnte man erwägen, ob auch Vermögensrechte eines Gatten oder Vermögensbeziehungen eines Gatten zum anderen zu den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten im Sinne des § 1354 gehören. Solche Vermögensinteressen können ohne Zweifel für den betreffenden Ehegatten lebenswichtig sein. Nun ist an dem schon oben entwickelten Grundsatz festzuhalten, daß das Wesen der Ehe den Gatten auch bei der Geltend-

167) So auch Gauß, a. a. O. S. 31.

168) Vgl. Cosack, Lehrb. II, 2, § 44, I; wie er auch Opet, Kom. zu § 1354; dagegen mit Recht Staudinger, Bem. 1 zu § 1354; Wolff, § 31, IV; Gauß, a. a. O. S. 32.

169) RGZ. Bd. 87, S. 58.

170) RGZ. Bd. 124, S. 55.

machung vermögensrechtlicher Ansprüche gegeneinander bestimmte Rücksichten auferlegt, die nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen sind. Solche Ansprüche sind überhaupt ausgeschlossen, soweit ihre Verfolgung gegen den anderen Gatten der sittlichen Lebensanschauung über das rechte eheliche Verhalten widerstreitet. Trotzdem wird man dem Reichsgericht grundsätzlich zustimmen, das Vermögensinteressen eines Gatten oder Vermögensbeziehungen zwischen den Gatten mit treffender Begründung aus dem Kreis der gemeinschaftlichen Angelegenheiten im Sinne des § 1354 ausscheidet[171]). Die Frage, ob bei bestehender Gütertrennung der Mann von der von ihm getrennt lebenden Frau gemäß § 1354, I die weitere Belassung der von ihr mitgebrachten Haushaltungsgegenstände im Haushalt verlangen könne, wird hier vom RG. mit der allgemeinen Begründung verneint, daß solche vermögensrechtlichen Fragen nur auf Grund der güterrechtlichen Vorschriften entsprechend dem zwischen den Gatten bestehenden Güterstande und nicht auf Grund des § 1354 entschieden werden können. Tatsächlich würde eine andere Auffassung Sinn und Tragweite des § 1354 wie auch die Bedeutung der güterrechtlichen Normen des Gesetzbuchs von Grund auf verkennen. Es wäre die logische Folge einer solchen Anschauung, daß der Mann auf Grund seines Entscheidungsrechts im Verhältnis zur Frau einen Teil der güterrechtlichen Vorschriften illusorisch machen könnte. —

Dagegen will das Reichsgericht die Erziehung und Pflege der Kinder in den Kreis der gemeinschaftlichen Angelegenheiten einbeziehen. Dementsprechend soll die Mutter den Schutz des § 1354, Abs. II erhalten, wenn die Entscheidung des Vaters ihr gegenüber einen Mißbrauch seines Entscheidungsrechts darstellt[172]). Zur Begründung führt das Reichsgericht aus, daß gemäß § 1634 BGB. neben dem Vater während der Dauer der Ehe auch die Mutter das Recht und die Pflicht habe, für die Person des Kindes zu sorgen. Die Sorge für die Person des Kindes, die nach § 1631 auch die Erziehung umfaßt, stehe hiernach auch der Mutter kraft eigenen Rechtes zu, sie stehe dem Vater und der Mutter *gemeinsam* zu. — Zur Anwendbarkeit des § 1354 führt die Entscheidung noch aus: Die Vorschrift des § 1634, Abs. II, wonach bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern über eine

171) RGZ. Bd. 87, S. 56 ff. AM. OLG. Breslau, vom 2. 3. 1909, OLG. E. Bd. 21, S. 226.

172) RGZ. Bd. 55, S. 421; ebenso Bd. 69, S. 96; RG. bei Gruchot, Bd. 51, S. 820 ff. und RG. vom 2. 7. 1917, bei Warneyer, Bd. 10, S. 399 ff.

Maßregel der Sorge für das Kind die Meinung des Vaters vorgehe, enthalte zwar eine Einschränkung zugunsten der Mutter nicht. Daraus jedoch, sowie aus dem Fehlen einer Bestimmung, wonach jede Entscheidung des Vaters richterlicher Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt möglichen Mißbrauchs unterstellt werden kann, dürfe nicht gefolgert werden, daß die Entscheidung des Vaters unter allen Umständen maßgebend sein müsse. Im Interesse des Kindes lasse § 1666 BGB. Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes zu, zum Schutz der Interessen der Mutter gegenüber dem Vater greife auch bei der Sorge für das Kind die Vorschrift des § 1354, Abs. II ein.

Diese ständige Praxis wird von Wetzel[173]) und Staudinger[174]) mit unzulänglichen Gründen bekämpft. Nach ihrer Ansicht soll die Sorge für die Person des Kindes zwar eine „gemeinsame", nicht aber eine „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende" Angelegenheit der Gatten sein. Eine solche Unterscheidung, die schon nach ihrer begrifflichen Seite hin sehr zweifelhaft ist, opfert schutzwürdige Interessen einer willkürlich vollzogenen Formulierung. Sie findet jedoch zweifellos auch keinen Boden im Gesetze, das in der Ehe zugleich die Grundlage der Familie schützt und es in den §§ 1627 und 1634 klar zum Ausdruck gebracht hat, daß die Sorge für die Person der Kinder eine gemeinsame Lebensaufgabe beider Eltern und damit eine wichtigste gemeinschaftliche Angelegenheit ihres Ehelebens ist. Auch ist es unrichtig, daß das Gesetz eine Anwendung des § 1354, Abs. II aus dem Recht der elterlichen Personenfürsorge ausschließe. Es war vielmehr überflüssig, die Anwendbarkeit dieser Norm ausdrücklich hervorzuheben. Selbstverständlich muß die ganze Vorschrift des § 1354 Anwendung finden. Der Frau gegenüber kann daher eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Maßnahme des Mannes unverbindlich sein, wenn sie sich im Verhältnis zur Frau als Mißbrauch seines Entscheidungsrechts darstellt. Das hat nach dem Urteil des Reichsgerichts im 55. Band allgemein dann zu gelten, wenn die Entscheidung des Mannes ausschließlich oder überwiegend der Frau gegenüber unlautere Zwecke verfolgt, namentlich, wenn der Mann die Anordnung nicht trifft, um für das gemeinschaftliche Kind zu sorgen, sondern um einen unberechtigten Zwang auf die Frau auszuüben, wenn diese die eheliche Gemeinschaft mit Grund ver-

173) Wetzel, a. a. O. S. 127 ff.
174) Staudinger, Komm. Bem. 1, b zu § 1634.

weigert. In einem solchen Fall kann also die Frau die vom Manne nach § 1634 BGB. geforderte Herausgabe der Kinder verweigern.

Einwendungen der Frau jedoch bloß aus dem Grunde, daß die Durchführung der Anordnung das Wohl des Kindes gefährden würde, will das RG. hier ausschließen[175]). In diesem Falle soll die Frau lediglich die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 BGB. anrufen können. Durch diese Vorschrift seien die Interessen des Kindes gegenüber Mißgriffen des Vaters bei der Ausübung der Personenfürsorge ausschließend geschützt. Diese Rechtsprechung ist jedoch zu formalistisch. Sie wird den realen Lebensverhältnissen nicht gerecht. Gerade in dem Verhältnis zwischen dem Mann und der Frau einerseits und den Kindern andererseits sind die Interessen besonders eng verflochten. In einer Maßnahme des Mannes kann tatsächlich häufig beides liegen: Ein Mißbrauch sowohl gegenüber dem Kinde, als gegenüber der Frau. Eine Trennung der beiden Elemente wird dabei regelmäßig gar nicht möglich sein. Gerade gegenüber diesen Fällen erweist sich die Abwägung des RG. als unzulänglich. Richtig wird allerdings sein, daß auf Grund des § 1354, Abs. II nur Einwendungen erhoben werden können, die sich auf das Verhältnis des Mannes zur Frau beziehen. Damit ist aber nur ein Teil der einschlägigen Lebensinteressen befriedigt. Gerade diejenigen Fälle sind noch nicht gedeckt, die Mißbrauchskomponenten sowohl im Verhältnis zur Frau als zum Kinde aufweisen. Aus diesem Grunde muß auch in den § 1634 hineininterpretiert werden, daß kein Mißbrauch getrieben werden darf. Diese Auslegung ist unerläßlich, um alle schutzwürdigen Belange der Frau zu wahren. Die §§ 1354, Abs. II und 1666 reichen hiezu nicht aus. Man wird ihr vielmehr gestatten müssen, sich auch auf § 1634 zu berufen.

Ein besonders schwieriges Grenzproblem ergibt sich hinsichtlich des Entscheidungsrechtes des Mannes bei der Frage der Frauenberufe. Dieses Problem ist bei der Entwicklung unserer Zustände nach dem Kriege heute von größter praktischer Bedeutung. Grundsätzlich wird man dem Manne das Recht zuerkennen müssen, gemäß § 1354, Abs. I der Frau eine den Pflichten der Ehegemeinschaft zuwiderlaufende Lebensbetätigung zu untersagen. Das hat, wie Wolff mit Recht hervorhebt[176]), auch dann zu gelten, wenn der Mann vor

175) So namentlich die Entscheidung bei Warneyer, Bd. 10, S. 399.
176) Wolff, § 31, Bem. 2, a.

Abschluß der Ehe dieser Betätigung zugestimmt hatte, weil er sich über deren Tragweite und über ihre Folgen für die Ausgestaltung des ehelichen Lebens nicht im klaren war.

Das hat auch das Reichsgericht in der bereits angezogenen Entscheidung im 124. Band (Seite 56) als Grundsatz anerkannt. Das RG. fordert nur mit vollem Recht, daß durch die Berufsausübung der Frau die Ehegemeinschaft ständig und dauernd beeinträchtigt wird. Trifft das nicht zu, so verlangt das RG. in hochbedeutsamen, vorbildlichen Ausführungen eine den beiderseitigen Lebenspflichten gerecht werdende Abwägung der widerstreitenden Interessen. Insbesondere soll geprüft werden, ob der Mann nicht etwa selbst durch sein Verbot der Berufsausübung ehewidrig handelt. Diese Frage hat das RG. in der zitierten Entscheidung bejaht, wo die Frau vor Abschluß ihrer zweiten Ehe mit dem Manne vereinbart hatte, daß sie ihren Kindern aus erster Ehe durch Berufstätigkeit als Pianistin eine gute Ausbildung fürs Leben sichern dürfe. An diese Abmachung wollte der Mann nachher nicht gebunden sein, weil durch die häufige berufliche Abwesenheit der Frau sein Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft schwer beeinträchtigt werde. Aus diesem Grunde wollte er ihr die Berufsausübung gemäß § 1354, Abs. I verbieten. — Das RG. führt zu diesem Falle aus, daß selbstverständlich das Recht eines Gatten auf eheliche Lebensgemeinschaft als solches niemals, weder vor noch nach dem Abschluß der Ehe, durch Vereinbarung der Gatten wegbedungen werden könne. Hier aber sei die Berufsausübung der Frau weder ihrer Art nach ständig, noch ihrem Zweck nach dauernd. Sie bestimme sich vielmehr danach, den beiden Söhnen der Frau aus erster Ehe in den entscheidenden Jahren eine gute Ausbildung zu ermöglichen. Bei dieser Sachlage heiße es die Rechte des Mannes überspannen, wenn der Frau zugemutet werde, sich schlechtweg darein zu ergeben, daß ihre Kinder billig zu erlernende Berufe mit entsprechend schlechteren Aussichten ergreifen müssen. Vielmehr müssen beide Gatten zusammenwirken, um den Schwierigkeiten, die dem Eheleben durch die Erwerbstätigkeit der Frau in den fraglichen Jahren erwachsen, zu begegnen. Der Mann habe jedenfalls kein Recht, sich lebenswesentlichen Belangen der Frau gegenüber fremd zu erklären. Das Stiefverhältnis zu den Kindern des anderen Teils aber sei nach allgemeiner, dem Recht entsprechender Volksanschauung eine nahe Familienbeziehung und mithin eine das eheliche Leben unmittelbar erfassende Angelegenheit. — Auf die höchstrichterliche Interessen-

abwägung war hier namentlich deshalb mit aller Ausführlichkeit einzugehen, weil damit eine nicht nur für die Frage der Ausübung der Frauenberufe in der Ehe, sondern für alle aus der Ehegemeinschaft hervorgehenden Pflichtenkollisionen vorbildliche Entscheidung getroffen ist. —

In diesem die Rechtsstellung der Geschlechter in der Ehe behandelnden Zusammenhang ist es schließlich noch erforderlich, auf die sich auf die Ehe beziehenden Normen der Reichsverfassung vom 11. August 1919 einzugehen. Die Reichsverfassung hat im zweiten Hauptteil ein System von „Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen" ausgebildet und diesen Normenkomplex in fünf Abschnitte gegliedert, die „die Einzelperson", „das Gemeinschaftsleben", „Religion und Religionsgesellschaften", „Bildung und Schule" und „das Wirtschaftsleben" behandeln. An der Spitze des zweiten, dem Gemeinschaftsleben gewidmeten Abschnitts verkündet die Verfassung: „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Diese beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter." (Art. 119, Abs. I, Satz 1 und 2 der RV.) — Es kann nicht die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung sein, auf das öffentlich-rechtliche Problem der Grundrechte und ihre Bedeutung für unser Rechtsleben im einzelnen einzugehen. Für die rechtsgrundsätzliche Seite der Frage sei namentlich auf die grundlegenden Ausführungen von Smend [177]) und Rümelin [178]) hingewiesen. Der Verfasser erblickt mit Smend den inhaltlichen Sinn des Grundrechtskatalogs darin, daß er ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren will und es als nationales System, als das System gerade der Deutschen normiert und damit durch die nationale Positivierung allgemeinerer Werte den Angehörigen der Staatsnation einen materialen Status gibt, durch den sie sachlich nach innen und außen ein Volk sein sollen. Die tiefste Bedeutung der Grundrechte ist — ganz unabhängig von der Frage ihrer positiven Rechtsgeltung — die Proklamierung dieses Kultursystems, das der Sinn des von der Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll [179]). Insofern handelt es sich also um Integrationssätze, um Normen, welche die sachliche Integrationsabsicht der Verfassung kundtun. Mit Recht hebt Rümelin hervor, daß die Verfas-

177) Smend, „Verfassung und Verfassungsrecht", S. 162 ff.
178) Rümelin, „Die Gleichheit vor dem Gesetz", S. 24 ff.
179) Smend, a. a. O. S. 165.

sungen ihre Funktion, die Integrationstendenz des konkreten Staatswesens ersichtlich zu machen, nur zum Teil durch festfixierte Rechtsnormen erfüllt, daß vielmehr in diesen Zusammenhang gerade auch die Grundrechte gehören, „die nicht oder nicht in erster Linie als technisches Spezialrecht zu verstehen sind, sondern als Ausdrucksmittel für das, was dem Staat Inhalt und Würde geben soll“ [180]). Den mehrdeutigen und daher mißverständlichen Begriff der Legitimität will Rümelin hier vermieden wissen. Smend führt nämlich weiter aus, die rechtstheoretische Bedeutung der Grundrechte liege in der Legitimierung der positiven Staats- und Rechtsordnung; es möge zweifelhaft sein, welche Bedeutung die Art. 152, 153, 119, 154 für das bürgerliche Recht haben, jedenfalls sei unzweifelhaft, daß sie dem Reich der Weimarer Verfassung die Legitimität eines Kultursystems geben, daß die bürgerliche Rechtsordnung in ihren Kerninstituten (Vertragsfreiheit, Eigentum, Ehe, Erbrecht) festhalte und dadurch die für das bürgerliche Zeitalter bezeichnendste und wichtigste Legitimitätsquelle enthalte [181]). — Im übrigen sind Rümelin und Smend darin einig, daß die Grundrechte, auch wenn ihnen keine unmittelbare Geltung zukommt, Auslegungsregeln für das spezielle Recht im Sinne des zugrunde gelegten Kultursystems enthalten und als solche Richtschnur für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung sind [182]). —

Die Weimarer Reichsverfassung hält also in Art. 119, Abs. I, Satz 1 an dem fundamentalen bürgerlichrechtlichen Institut der Ehe fest und stellt diese unter ihren besonderen Schutz. Eine unmittelbare Bedeutung für das technische Spezialrecht kommt dieser Bestimmung zweifellos nicht zu. Ihr Sinngehalt liegt in der Normierung des Kultursystems und der Volksintegration. Sie macht die kulturelle, ethische und bevölkerungspolitische Integrationstendenz der Verfassung ersichtlich und bildet Leitmotiv und Schranke für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung. Dagegen könnte es fraglich erscheinen, welche Bedeutung Art. 119, Abs. I, Satz 2 für das spezielle Recht hat, wonach die Ehe „auf der Gleichberechtigung beider Geschlechter“ beruht. Hat diese Bestimmung unmittelbare positive Rechtsgeltung? Hat sie Einfluß auf das bürgerliche Recht in dem Sinne, daß durch sie alle der vollen Gleichberechtigung der Frau in der Ehe entgegenstehenden Vorschriften, in erster Linie also auch der

180) Rümelin, a. a. O. S. 25.
181) Smend, a. a. O. S. 164.
182) Rümelin, a. a. O. S. 25 und Smend, a. a. O. S. 163, 164.

§ 1354 BGB., schon heute außer Kraft gesetzt sind? Oder handelt es sich auch hier nur um einen Integrationssatz, der zugleich eine Anweisung an den Gesetzgeber darstellt, das bürgerliche Recht aber nicht ändert? Die Beantwortung dieser Frage wird davon abhängen, welchen legislativen Erfolg die Mehrheiten, welche die Verfassung beschlossen haben, mit der Bestimmung erreichen wollten. Aus den Verhandlungen im Plenum der Nationalversammlung ergibt sich mit aller Klarheit, daß die Aufnahme der Vorschrift nicht eine Änderung des BGB. in seinen einschlägigen Bestimmungen bedeutet, sondern den Zweck hat, eine Richtlinie zu bieten für die in Aussicht genommene Neuregelung des Familienrechts im BGB.[183]). Man sieht, daß durch die Aufnahme dieses Grundsatzes in die RV. eine Abänderung irgendwelcher familienrechtlicher Bestimmungen des BGB. nicht bezweckt wurde. Die Norm des Art. 119, Abs. I, Satz 2 hat vielmehr lediglich programmatische, oder, wie Hoeniger sagt, „proklamatorische" Bedeutung. Sie gibt den Leitgedanken für eine künftige Gesetzgebung. Das ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre[184]). Solche programmatischen Richtlinien für künftige Gesetze geben auch Sätze wie der Art. 119, Abs. II Satz 2, wonach kinderreiche Familien Anspruch auf ausgleichende Fürsorge haben, wie der Art. 119, Abs. III, wonach die Mutterschaft Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates hat, und Art. 121, wonach den unehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen ist, wie den ehelichen Kindern. —

Immerhin ist mit der Tatsache zu rechnen, daß eine künftige Gesetzgebung das von der RV. in Art. 119, Abs. I, Satz 2 aufgestellte Programm verwirklichen und dann auch mit dem Prinzip des § 1354 BGB. brechen wird, sofern die in der RV. zum Ausdruck gebrachten Wertungen über die Stellung der Geschlechter in der Ehe auch späterhin dem Gemeinschaftswillen entsprechen. Heute ist es ja Modesache geworden, eine Lösung im Sinne des Art. 119, Abs. I, Satz 1 der RV. zu fordern und namentlich die Beseitigung des § 1354 BGB. zu verlangen. Diese Forderung ertönt nicht nur aus dem sozialistischen und

183) Protokolle zur RV. S. 2126.

184) So namentlich Hedemann, DJZ. 1919, S. 771; Düringer in JW. 1919, S. 702; Kipp in DJZ. 1922, S. 682; die Kommentare zum BGB. von Staudinger, Bem. 1, Abs. 2 und von Reichsgerichtsräten, Bem. 1 zu § 1354; zur RV. von Anschütz, Giese und Poetzsch-Heffter, je Bem. 2 zu Art. 119.

kommunistischen Lager, nicht nur aus den Reihen der für die „Gleichberechtigung" der Frau mit dem Manne auch heute noch kämpfenden Frauenvereine, sie wird auch von Publizisten, die anderen Richtungen angehören, und auch von namhaften Juristen, wie Wolff und Radbruch, gefordert. Ob damit wirklich ein „Fortschritt" — ein Begriff, bei welchem sich in der Zeit der Modeschlagworte die Wenigsten etwas denken — erreicht wird, ob damit wirklich eine Höherentwicklung unsres kulturellen und sittlichen Volkslebens, eine Verbesserung der Integration von Volk und Familie eintritt, erscheint jedoch im höchsten Grade zweifelhaft. Der Hinweis allein, daß diese Forderung dem „Zeitgeist" entspricht, vermöchte davon gewiß nicht zu überzeugen. Denn damit wäre nur die Tatsache ausgesprochen, daß es sich dabei um ein Postulat des heute in unsrem geistigen Leben so mächtigen Feminismus handelt, der ein ganz typisches Merkmal der Destruktion eines Volkes ist und den wir mit anderen Krankheitsstoffen so bald als möglich ausscheiden sollten. Junge und gesunde Kulturen sind immer männerstaatlich. Entartung der Männlichkeit ist Entartung der Kultur. Dazu kommen heute noch die allgemeinen Tendenzen der Nivellierung und Atomisierung. Sie wollen auch die Ehe erfassen und die organische Eheauffassung zerstören. Denn es kann doch ganz offenbar keine Rede davon sein, daß unser Recht der Frau eine unwürdige Stellung anweist oder sie gar unterdrückt. Das gilt namentlich vom § 1354 BGB. Die Frau nimmt im deutschen Volksbewußtsein eine viel zu hohe Stellung ein, als daß dieser Grundsatz ihrer Würde nicht gerecht werden könnte[185]). Man versuche doch einmal, sich von dem Übel der Schlagwortwertung frei zu machen und die Dinge natürlich und unbefangen zu sehen; man stelle sich doch einmal die praktische Frage, was an die Stelle der Norm des § 1354 treten soll. Meinungsverschiedenheiten wird es in guten und schlechten Ehen immer geben. Wie sollen sie entschieden werden, wenn das Prinzip des § 1354 fällt? Da die Ehe eine Gemeinschaft von zwei Menschen ist, so ist eine Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß nicht möglich.

185) Es macht daher geradezu staunen, wenn beispielsweise Schefinger in der zitierten Abhandlung („Die Justiz", Band V, Heft 5, S. 228 ff. a. E.), nachdem er die Rechtsstellung der Frau in Sowjetrußland dem deutschen Gesetzgeber als Muster vorgehalten hat, in die Worte ausbricht: „Reichen wir uns die Hände zu einem Volksbegehren gegen die Versklavung — der deutschen Frau!" — Derartiges sollte in Deutschland nicht einmal zum Zweck einer geistreichen Antithese gesagt werden.

Entschieden muß aber werden, wenn die Ehe weiterleben soll. Soll dann etwa die Meinungsverschiedenheit, beispielsweise die Frage des Umzugs in eine andere Stadt, richterlicher Beurteilung unterstellt werden? Ein anderer Ausweg ist nicht zu sehen, wenn die Ehe dann nicht überhaupt scheitern soll. Aber liegt in dieser Lösung etwa ein Vorzug gegenüber der heutigen Gestaltung? Ist es nicht bei weitem würdiger, ethisch wertvoller und gerade im Interesse der Erhaltung der Ehe besser, die Entscheidung statt in die Hände Dritter in die des Mannes zu legen, der die Familie begründet und erhält und der vom § 1354 BGB. in erster Linie mehr Verantwortung und dann erst mehr Rechte erhält, als die Frau? Der Verfasser ist der Auffassung, daß diese Frage gerade vom Standpunkt eines gesunden modernen Rechtsdenkens aus bejaht werden muß.

Zehntes Kapitel.

Das Namensrecht der Frau gemäß § 1355 BGB.

Die Vorschrift des § 1355 bestimmt: „Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes." Überblickt man das Namensrecht der Frau in seinem gesamten rechtlichen Schicksal, so wird man feststellen, daß der gesetzlichen Regelung eine gewisse Starrheit zu eigen ist. Die Frau erhält kraft zwingenden Rechts den Familiennamen des Mannes mit dem Abschluß der Ehe, sie ist verpflichtet, ihn zu führen; sie verliert ihn nicht, selbst wenn sie mit Grund vom Mann getrennt lebt, ja sogar, wenn die Ehe überhaupt nicht mehr besteht: Die Frau führt den Namen des Mannes auch als Witwe, und nach § 1577 BGB., Abs. I behält ihn zunächst und in der Regel auch die geschiedene Frau[186]). Diese strenge Regelung rechtfertigt sich jedoch aus der zugrundeliegenden Interessenlagerung. Es muß hier eine interne und eine externe Interessenbeziehung unterschieden werden: Im Innenverhältnis zwischen den Gatten ist die Vorschrift des § 1355 „eine natürliche Folge der Innigkeit und der das ganze Leben umfassenden

186) Eine Modifikation zugunsten der geschiedenen Ehefrau bringt § 1577, Abs. II BGB. Danach kann diese ihren Familiennamen wieder annehmen, gleichgültig, ob sie im Scheidungsurteil für schuldig erklärt wurde oder nicht. Ist sie allein für schuldig erklärt, so kann ihr der Mann die Führung seines Familiennamens untersagen. In diesem Fall erhält sie ihren Familiennamen wieder (§ 1577, Abs. III).

Bedeutung der ehelichen Gemeinschaft“ [187]), die sie sinnfällig zum Ausdruck bringt. So betrachtet ist das Namensrecht Ausfluß und Erscheinungsform des allgemeinen Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft. Im Außenverhältnis, gegenüber der Allgemeinheit, erfüllt das Namensrecht der Frau den Zweck, die Zusammengehörigkeit der Gatten, die Identität der einzelnen Ehegemeinschaft jedem Dritten gegenüber eindeutig klarzustellen. Damit vermag die Bestimmung wichtige Interessen der Allgemeinheit zu wahren. Diese sind namentlich darin begründet, daß die Ehe weittragende Rechtswirkungen auf die vermögensrechtliche Stellung der Ehegatten ausübt. Im Namensrecht der Frau integrieren also Individualinteressen der Ehegatten und Identitätsinteressen der Allgemeinheit. Normalerweise laufen diese Interessen parallel. Sie können jedoch auseinandergehen. Für diese Fälle hat das Gesetz richtig erkannt, daß die beteiligten Gemeinschaftsinteressen stärker sind und daher grundsätzlich höher bewertet werden müssen. Es wäre deshalb auch nicht folgerichtig, wenn eine künftige Gesetzgebung in dem Bestreben, das vom Art. 119, Abs. I, S. 2 der RV. aufgestellte Programm durchzuführen, mit dem Rechtsgedanken des § 1355 BGB. bräche. Es handelt sich hier gar nicht um eine materielle Einschränkung der Gleichberechtigung der Frau, vielmehr um sachliche Integration der Ehegemeinschaft, um die Symbolisierung eines lebendigen Sinngehalts durch die Rechtsordnung, nämlich der Zusammengehörigkeit der Gatten und des Lebens ihrer Gemeinschaft [188]).

Der doppelten Interessenbeziehung, die im Namensrecht der Frau integriert, entspricht ein doppeltes Rechtsschutzbedürfnis. Das Recht der Frau, den Familiennamen des Mannes zu führen, kann verletzt werden vom Manne selbst und von Dritten. Der Mann kann das Recht der Frau verletzen, indem er ihr entweder das Recht zur Führung seines Familiennamens bestreitet und die Führung eines anderen Namens von ihr fordert, oder indem er einer anderen Frau die Führung seines Namens gestattet, bzw. sie unter seinem Namen als seine Frau ausgibt. Dritte können das Interesse der Frau dadurch beeinträchtigen, daß sie ihr das Recht auf Führung des Mannes-

187) Vgl. Mot. IV, S. 106.

188) Eine andere Frage ist es, ob nicht später die Frau ganz allgemein die Befugnis erhalten soll, ihren Mädchennamen dem Namen des Mannes hinzuzufügen, wie das heute schon in der Schweiz Gewohnheitsrecht ist. Eine solche Lösung würde keinen praktischen Bedenken begegnen.

namens bestreiten. Insbesondere kann das aber dadurch geschehen, daß andere Frauen sich den von ihr geführten Mannesnamen selbst widerrechtlich beilegen. Ein praktischer Hauptfall dieser Form der Verletzung des Namensinteresses wird der sein, daß andere Frauen, zumal solche, die intime Beziehungen zu dem Manne unterhalten, sich den Namen der Frau zulegen und unter diesem sich die Eigenschaft der Ehefrau des Mannes anmaßen. Es fragt sich nun, wie die Frau gegen solche Interesseverletzungen — von Dritten und vom Manne — rechtlich zu schützen ist.

Die Beantwortung dieser Frage macht keine Schwierigkeiten, soweit es sich um den Schutz der Frau gegen Rechtsverletzungen Dritter handelt. Gegenüber Dritten greift zugunsten der Frau die Vorschrift des § 12 BGB. ein. Wird ihr das Recht zum Gebrauch des Mannesnamens „von einem Anderen bestritten" oder wird „ihr Interesse dadurch verletzt, daß ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht", so kann sie, wenn Wiederholungsgefahr besteht, auf Unterlassung der Beeinträchtigung klagen. Auch ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines absoluten Rechts gemäß § 823, Abs. I oder wegen sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB. kann der Frau hier gegen Dritte erwachsen. Damit sind ihre Interessen im Außenverhältnis hinreichend geschützt.

Schwierigkeiten ergeben sich dagegen im Verhältnis zum Mann. Das Schutzproblem kompliziert sich dadurch, daß zwei verschiedene Rechtsbehelfe in Betracht kommen. Man könnte zunächst daran denken, der Frau eine auf den Namen bezogene Herstellungsklage zu gewähren (§§ 1353, 1355), da zweifellos der Mann, der das Namensrecht der Frau verletzt, damit gegen eine aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft fließende Rechtspflicht verstößt. Andrerseits scheint aber auch die Klage aus § 12 bei dem allgemeinen Charakter der Vorschrift auf die interne Lebensbeziehung der Gatten anwendbar. Wie ist diese Kollision der Rechtsbehelfe zu lösen?

Kann auf die vorliegende Interessenlage die Namensklage aus § 12 überhaupt angewendet werden, obgleich sie eine gewöhnliche Klage und keine Ehesache ist und obgleich es sich hier zweifellos um integrierende Lebensbeziehungen der Ehegemeinschaft handelt? Oder ist ausschließlich die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig? Vermöchte diese alle schutzwürdigen Belange der Frau ausreichend zu schützen und wäre unter Umständen eine Auslegung ihrer Normen dahin möglich, daß alle Lebensinteressen der Frau befriedigt

würden? Besteht im Fall der Anwendbarkeit der Namensklage aus § 12 überhaupt noch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Anwendung der Herstellungsklage und umgekehrt? Wenn sich ergibt, daß mit jeder der beiden Klagen alle einschlägigen Lebensinteressen der Frau geschützt werden können, welche Klage ist dann zum Zug zu bringen? Ist ein alternierendes Nebeneinander, eine elektive Konkurrenz der beiden Rechtsbehelfe möglich? Kann schließlich bejahendenfalls eine Kumulation der beiden Klagen gestattet werden? Der ganze Fragenkomplex, der in letzter Linie auf die Interessenwirkung der beiden Klagen und ihr Verhältnis zueinander zurückgeht, ist in Literatur und Praxis teils stark umstritten, teils noch ganz ungeklärt.

Nahezu vollkommene Übereinstimmung besteht im Schrifttum lediglich darüber, daß der Frau zum Schutze ihres Namensrechts die Herstellungsklage im Eheprozeß zustehe[189]). Streitig ist dagegen die Frage, ob und in welchem Umfang neben der Herstellungsklage die Namensklage aus § 12 anwendbar sein soll. Die Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfs bestreiten Planck[190]) und Gauß[191]), die der Frau zum Schutz ihrer Namensinteressen gegen den Mann nur die Herstellungsklage gewähren wollen. Andrer Meinung ist Staudinger, der die Klage aus § 12 auch im Innenverhältnis der Gatten für anwendbar erklärt[192]). Für die Zulässigkeit der Klage aus § 12 hat sich auch das RG. ausgesprochen. Die Entscheidung vom 27. September 1923 sagt[193]): „Das Recht der Frau auf Führung des Mannesnamens ist kein bloßes Recht der Ehegemeinschaft, obwohl es in ihr wurzelt, sondern besteht auch gegenüber der Allgemeinheit mit der Folge, daß es von jedem zu achten ist . . . Zweifellos kann die Frau während der Ehe, und zwar auch ohne besondere Genehmigung des Mannes, einem Dritten den Gebrauch ihres nach § 1355 BGB. erworbenen Familiennamens auf Grund des § 12 BGB. untersagen (Gruch. Bd. 46, S. 127). Die Klage wegen Beeinträchtigung ihres Namenrechtes muß ihr aber, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, auch

189) Anderer Meinung ist allein Wetzel, a. a. O. S. 79. Das entspricht seiner oben widerlegten willkürlichen Formulierung, daß nur Angelegenheiten der Haus-, Haushalts- und Geschlechtsgemeinschaft Gegenstand der Herstellungsklage sein könnten.

190) Planck, Komm. Bem. 2 zu § 1355.

191) Gauß, a. a. O. S. 40.

192) Staudinger, Bem. 2 zu § 1355.

193) RGZ. Bd. 108, S. 330 ff.

gegen den Mann zustehen. Es handelt sich dabei nicht ausschließlich um das Innenverhältnis der Gatten, dessen Hineinziehen in einen der besonderen Sicherungen des Eheprozesses entbehrenden Rechtsstreit dem Wesen der Ehe widersprechen würde, sondern um ein absolutes Recht der Frau, das nicht das eheliche Verhältnis allein angeht und von dem Mann in gleicher Weise wie von jedem Dritten verletzt werden kann." — Aus diesen Gründen erklärt das RG. die Klage aus § 12 zum Schutz der Namensinteressen der Frau auch im Verhältnis zum Mann im Prinzip für anwendbar. Das RG. äußert sich dabei nicht zu der Frage, ob es neben der Klage aus § 12 die konkurrierende Anwendbarkeit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens für gegeben erachtet. Doch muß angenommen werden, daß das RG. auf diesem Standpunkt steht, da es die Konkurrenz der beiden Rechtsbehelfe nicht ausdrücklich ablehnt. Das hätte es im anderen Falle wohl schon deshalb getan, um diesen Standpunkt gegen die herrschende Lehre zu verteidigen, die, wie schon hervorgehoben, nahezu einstimmig die Herstellungsklage für gegeben erklärt. Beim Fehlen jeder Polemik gegen die gemeine Meinung ist der Schluß gestattet, daß das RG., wie es beispielsweise auch der Kommentar von Staudinger tut[194]), die beiden Klagen konkurrierend zulassen will.

Um in diesen Fragen festen Boden unter den Füßen zu gewinnen, ist in erster Linie die Interessenfrage zu stellen: Welcher der beiden Rechtsbehelfe vermag die einschlägigen schutzwürdigen Lebensbedürfnisse der Frau besser zu befriedigen? Folgte man der herrschenden Auffassung, daß in allen Fällen, wo die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zum Zug kommt, auch sämtliche dafür in der ZPO. vorgesehenen Normen Anwendung finden müssen, so wäre diese Frage leicht zu beantworten. In diesem Fall würde die Anwendung der Herstellungsklage nämlich zu einer schweren Schädigung schutzwürdiger Bedürfnisse führen. Die Interessen der Frau würden namentlich dann verletzt, wenn man, wie die herrschende Meinung tut, in schematischer Anwendung der §§ 888, Abs. II und 615 ZPO. die Zwangsvollstreckung des Urteils und die Kumulation mit einer Schadensersatzklage ausschließen wollte. Die Frau hat in jedem Fall von Namensbeeinträchtigung ein wichtiges Interesse an der Vollstreckbarkeit des Urteils, je nach der Interessenlagerung auch an der Kombination ihrer Klage mit einer Schadensersatzklage aus § 823, Abs. I

194) Vgl. a. a. O. Bem. 2 zu § 1355.

bzw. auch aus § 826 BGB. Im Hinblick auf diese praktischen Bedürfnisse müßte daher die Namensklage aus § 12 BGB. auch im Verhältnis der Frau zum Mann gewährt werden, da sie als gewöhnliche Klage nach allgemeinen Grundsätzen vollstreckbar ist (§ 888, Abs. I ZPO.) und erforderlichenfalls die Kombination mit einer Schadensersatzklage gestattet. Rechtsgrundsätzliche Bedenken irgendwelcher Art gegen diese Auslegung könnten in diesem Fall nicht anerkannt werden. Die Klage aus § 12 wäre dann der einzige Rechtsbehelf, der die Befriedigung der geschilderten Lebensinteressen gewährleisten könnte. Diese praktischen Gründe würden durchgreifen, nicht die Tatsache, daß das Namensrecht „ein absolutes Recht der Frau" ist, das „von dem Mann in gleicher Weise wie von jedem Dritten verletzt werden kann". Daraus allein würde sich das Funktionieren der Klage aus § 12 noch nicht ergeben. — Die Rücksicht auf das Wesen der Ehe würde nicht entgegenstehen. Da die Klage aus § 12 allein fähig wäre, den Interessenschutz der Frau zu sichern, so würde ihre Anwendung der sittlichen Lebensanschauung nicht nur nicht widerstreiten, sondern wäre dadurch gerade geboten. Die Fragestellung ist aber tatsächlich eine ganz andere. Die bisherigen Ausführungen haben die Richtigkeit der herrschenden Lehre unterstellt, daß in allen Fällen der Herstellungsklage alle in der ZPO. dafür aufgeführten Verfahrensnormen zum Zug zu bringen sind. Es wurde aber bereits oben nachgewiesen, daß diese Auffassung eine unhaltbare petitio principii ist. Hier finden die im 7. Kapitel entwickelten Auslegungsgrundsätze zum ersten Mal ihre Nutzanwendung. Tatsächlich ist eine Auslegung der Verfahrensnormen der Herstellungsklage dahin möglich und geboten, daß durch ihre Anwendung alle einschlägigen Lebensinteressen geschützt werden. Hier steht fest, daß eine Anwendung der §§ 888, Abs. II und 615 ZPO. zu Interessenverletzungen führen müßte. Dabei verliert hier die Interessenbewertung des Gesetzgebers, wie sie im § 888, Abs. II zum Ausdruck gekommen ist, vollkommen ihren Sinn. Sie trifft in allen den Fällen das Richtige, wo das moderne Rechtsempfinden, die gesunde sittliche Volksanschauung eine Zwangsvollstreckung des Urteils verbietet. Hier aber sträubt sich das Rechtsgefühl keines vernünftigen Menschen gegen den Gedanken einer Vollstreckung. Ein überwiegendes Rechtssicherheitsinteresse steht nicht entgegen. — Entsprechendes gilt von der Kombination mit einer Schadensersatzklage aus § 823, Abs. I oder § 826 BGB. Sie auszuschließen, besteht kein Grund, da übergeordnete Interessen der Rechtsgemeinschaft dadurch

nicht verletzt werden. Weder die Intentionen des Gesetzgebers, noch das Rechtssicherheitsinteresse, noch das sittliche Wesen der Ehe stehen einer solchen Auslegung entgegen. Die aus der Verbindung einer Ehesache mit einer gewöhnlichen Klage erwachsenden formalen Schwierigkeiten können nicht so hoch bewertet werden, daß ihnen schutzwürdige Interessen geopfert werden dürften. „Woran der Richter in letzter Linie gebunden ist, was die letzte Instanz für ihn bildet, das sind die Zweckvorstellungen und Wertungen des Gesetzgebers. Ist nun erkennbar, daß das Gebot, so wie man es schließlich gefaßt hat, den Zweckvorstellungen nicht entspricht, so muß eine Korrektur möglich sein[195])." Die historische Interessenforschung hat hier das Vorliegen einer Lücke in der Anschauung des Gesetzgebers gegenüber den in Frage stehenden Lebensproblemen ergeben. Daraus erwächst der Rechtsanwendung, wenn sie den gesetzgeberischen Gedanken verwirklichen will, das Recht und die Pflicht zu einer „Randberichtigung", einer „restriktiven Auslegung" des Gesetzes in dem oben entwickelten Sinn.

Sonach wäre es sachlich gerechtfertigt, in diesen Fällen von der Anwendung der §§ 888, Abs. II und 615 ZPO. abzusehen. Damit ist das Ergebnis gewonnen, daß sowohl mit der Namensklage aus § 12, als auch mit einer auf den Namen bezogenen Herstellungsklage im Sinne der §§ 1353, 1355 BGB. ein voll befriedigender Schutz der Frau gegen Interessenverletzungen seitens des Mannes gewährleistet werden kann. Dieses Resultat führt zu weiteren Fragen. Welcher der beiden Rechtsbehelfe soll nun in Funktion treten? Ist bei dem Vorhandensein des einen der andere entbehrlich? Oder ist an ein Nebeneinanderstehen der beiden Ansprüche zu denken? Man könnte zunächst fragen, ob überhaupt noch ein Rechtsschutzinteresse für die Anwendung der Herstellungsklage besteht, auch wenn diese den Lebensbedürfnissen angepaßt ist, nachdem die Klage aus § 12 sich als fähig erwiesen hat, die schutzwürdigen Lebensinteressen der Frau zu wahren und nachdem sich gezeigt hat, daß rechtsgrundsätzliche Bedenken ihrem Funktionieren nicht entgegenstehen. Diese Frage wäre jedenfalls dann in weitem Umfang zu bejahen, wenn man die Auslegung des RG. in bezug auf die Zulässigkeit der Namensklage aus § 12 als angemessen zugrunde legen wollte. Das RG. verlangt nämlich a. a. O. für die Namens-

195) Rümelin in „Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts" (Zweiter Münchner Vortrag), Arch. ziv. Prax. Bd. 2 der Neuen Folge, S. 291.

anmaßung im Sinn des § 12 „einen vom Anmaßenden gewollten Zusammenhang zwischen seiner Person oder Tätigkeit und der Namensgebung“ [196]). Daran soll es — und das ist das praktisch Wichtigste — namentlich dann fehlen, wenn der Mann „einer ihm fremden, in keinen vom Recht geschützten Beziehungen zu ihm stehenden Person den Namen der Klägerin beilegt“. Dieser formalistisch gebundenen Rechtsprechung ist aber keinesfalls zuzustimmen. Sie versagt den Interessen der Frau den Rechtsschutz gerade in den Fällen, wo diese praktisch in besonderem Maße gefährdet und daher in besonderem Maße schutzbedürftig sind. Es ist nicht richtig, daß in solchen Fällen dem Rechtsschutzbedürfnis der Frau „insofern vollkommen Genüge geschieht, als sie das Verhalten des Beklagten nach § 1568 BGB. als Scheidungsgrund geltend machen, vielleicht auch Ansprüche aus §§ 823 und 826 BGB. gegen ihn erheben kann“. Was hilft der Frau die Verweisung auf das Scheidungsrecht, wenn sie nicht geschieden, sondern in ihren Rechten geschützt sein will? Diese Auslegung ist viel zu eng. Sie opfert schutzwürdige Lebensinteressen der Frau den Konsequenzen einer willkürlich vollzogenen Formulierung. Sie muß abgelehnt werden unabhängig von der Möglichkeit einer ergänzend eingreifenden, im oben ausgeführten Sinn modifizierten Herstellungsklage aus §§ 1353, 1355, zumal das RG. hier die Möglichkeit eines subsidiären Funktionierens der Herstellungsklage gar nicht erwähnt. Die Namensklage aus § 12 muß vielmehr, wenn überhaupt, in allen Fällen zur Anwendung kommen, wo schutzwürdige Lebensbedürfnisse der Frau es verlangen. — Bei dieser freien Auslegung der Voraussetzungen für die Klage aus § 12 und ihrer damit gesicherten umfassenden Anwendbarkeit auf alle einschlägigen Lebensbedürfnisse könnte es wirklich zweifelhaft erscheinen, ob daneben die Anwendung der Herstellungsklage noch erforderlich ist. Doch ist diese Fragestellung willkürlich. Man könnte mit genau derselben Berechtigung fragen, ob für die Anwendung der Klage aus § 12 noch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, nachdem sich erwiesen hat, daß die auf den Namen bezogene Herstellungsklage durch Randberichtigung der prozessualen Normen dem praktischen Bedürfnis so angepaßt werden kann, daß alle Lebensinteressen befriedigt werden können. Es ist bei dieser Sachlage nicht einzusehen, warum die Vermutung nicht für die Herstellungsklage sprechen sollte, zumal die zu schützende Beziehung im Lebenszusammenhang der Ehegemeinschaft integriert.

196) RGZ. Bd. 108, S. 233.

Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es das angemessenste Ergebnis, eine elektive Konkurrenz der beiden Ansprüche zu gewähren. Praktische Schwierigkeiten können sich bei vernünftiger Rechtshandhabung aus ihrem Nebeneinanderstehen nicht ergeben. Dagegen entspricht es einem praktischen Bedürfnis, dessen Anerkennung sich heute immer mehr durchsetzt, die Rechtsträger in den zum Schutze ihrer Rechte in Betracht kommenden Rechtsbehelfen möglichst wenig einzuengen. Schließlich spricht die ganze Entwicklung unseres Rechts für die Zulassung der Klagenhäufung. Das geltende Recht bietet in vielen wichtigen Interessenlagen Beispiele einer Häufung von Ansprüchen. So können — um nur einige besonders oft vorkommende Fälle zu nennen — Haftungsansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung, oder aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung nebeneinander treten. Obwohl in solchen Fällen die Interessenwirkung der Klagen durchaus dieselbe sein kann, gewähren herrschende Meinung und Rechtsprechung dem Verletzten die Wahl zwischen den nebeneinanderstehenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Dieser soll in der Lage sein, diejenigen Rechtsfolgen geltend zu machen, die für ihn günstiger sind. Ein solches Verhältnis von „elektiver Konkurrenz" wird man auch bei dem Nebeneinanderstehen der Herstellungsklage und der Namensklage aus § 12 zum Schutze des Namensrechts der Frau gegen Übergriffe des Mannes anzunehmen haben. — Die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze wird jedoch auch noch den weiteren Schritt erforderlich machen, eine Kombination der beiden Klagen zu gestatten. In Fällen der elektiven Konkurrenz gewähren Rechtsprechung und gemeine Meinung dem Verletzten grundsätzlich die Möglichkeit, die konkurrierenden Ansprüche im Prozeß zu verbinden. Diese Auffassung, die fähig ist, alle praktischen Bedürfnisse zu befriedigen, ist auch auf die in Rede stehende Interessenspannung anzuwenden. Daß der Wortlaut des § 615 ZPO. einer solchen Auslegung nicht im Weg zu stehen braucht, ergibt sich aus den entwickelten Auslegungsgrundsätzen. Es wäre widerspruchsvoll, ein wahlweises Nebeneinanderstehen der beiden Ansprüche zu gestatten und ihre Kumulation im Prozeß zu verbieten. Diese wird vielmehr durch das praktische Bedürfnis gerechtfertigt, neben dem die Interessenabwägung zurückzutreten hat, die dem § 615 ZPO. zugrundeliegt.

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung der Namensklage aus § 12 und der auf den Namen bezogenen Herstellungsklage aus §§ 1353, 1355 gegen den Mann bestimmt sich danach, ob die Gefahr

einer Wiederholung der Namensbeeinträchtigung besteht. Dieses im § 12 zum Ausdruck gekommene gesetzliche Werturteil muß sinngemäß auch für die auf den Namen bezogene Herstellungsklage gelten. Eine andere Auslegung wäre auch nicht durch Lebensbedürfnisse gerechtfertigt. — Der Klagantrag geht auf Unterlassung weiterer Namensverletzung. Die Frau könnte also — um an den vom RG. entschiedenen Fall zu denken — nicht etwa verlangen, daß der Mann das Fremdenbuch des Hotels berichtigt, in welches er eine andere Frau fälschlich als seine Frau eingetragen hat. Daran besteht kein schutzwürdiges Interesse der Frau.

Abschließend ist noch zu sagen, daß die hier durch Randberichtigung gewonnene Angleichung der auf den Namen bezogenen Herstellungsklage an die Interessenwirkung der Namensklage aus § 12 auch deshalb angemessen ist, weil sonst ein Widerspruch im Gesetz ungelöst bliebe. Es kann nicht angenommen werden, daß eine Frau, die im Eheprozeß ihr Namensrecht verfolgt, in so unbilliger Weise schlechter gestellt werden soll, wie es der Fall wäre, wenn die §§ 615 und 888, Abs. II ZPO. angewendet werden müßten. Hier handelt es sich vielmehr um eine der Unstimmigkeiten im Gebotssystem, die im Weg der „Ausgleichsnormierung" oder „Systemergänzung" zu berichtigen sind[197]). Heck bemerkt mit Recht, daß bei einer großen Kodifikation derartige Mängel unvermeidbar sind, daß aber die Rechtsprechung Freiheit von Widersprüchen braucht[198]). Dieses Ziel ist gewiß nicht „durch Ignorierung der bestehenden" zu erreichen. Diesen Fehler begehen diejenigen, die ohne weiteres die Konkurrenz der Namensklage aus § 12 und der Herstellungsklage aus §§ 1353, 1355 zulassen wollen. Falsch ist es jedoch auch, „die Rechtsnormen so umzudeuten, daß jede von ihnen ein eigenes Sondergebiet hat und Widersprüche als nicht vorhanden erscheinen"[199]). Das ist der Fehler der Schriftsteller, welche die Namensklage aus § 12 oder die Herstellungsklage hier ganz ausschließen wollen. Beide Rechtsbehelfe sind vielmehr nach einer der Angemessenheit entsprechenden Ausgleichsnormierung anwendbar.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist weiterhin die Frage, ob die Frau zur Führung eines Doppelnamens oder eines Pseudonyms berechtigt ist. Hat sie daran ein besonderes Interesse, etwa wenn sie

197) Vgl. Heck, „Grundriß des Schuldrechts", § 4, Bem. 7.
198) Vgl. Heck, „Grundriß des Schuldrechts", § 4, Bem. 7.
199) Vgl. Heck, „Grundriß des Schuldrechts", § 4, Bem. 7.

Schauspielerin, Sängerin, Tänzerin, Schriftstellerin ist, so wird eine Abmachung der Gatten, wonach ihr die Führung eines solchen Deck- oder Doppelnamens in einem durch die Interessenlage gerechtfertigten Umfang gestattet wird, mit der herrschenden Lehre als zulässig und gültig zu erachten sein[200]). Bestreitet der Mann der Frau nachher die Befugnis zur Führung dieses Namens, so kann sie sich auf eine solche Vereinbarung berufen. Außerdem wird auch ein Herstellungsverlangen des Mannes, gleichgültig, ob eine derartige Abmachung getroffen wurde, oder nicht, sich in solchen Fällen regelmäßig als Mißbrauch seines Rechtes im Sinn des § 1353, Abs. II, Satz 1 darstellen, so daß diese Schutznorm zugunsten der Frau eingreift. — Wieruszowski[201]) will diese Folgerung ablehnen, weil ihm mangels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung eine Anwendung des § 1353, Abs. II, Satz 1 auf das Namensrecht des § 1355 unzulässig erscheint. Er verkennt dabei, daß die Anwendbarkeit des § 1353 hier vom Gesetz nicht besonders ausgesprochen werden mußte, da dieser Rechtssatz, wie oben dargelegt, ein immanentes Prinzip aller aus der ehelichen Lebensgemeinschaft fließenden Rechte und Pflichten ist. Der § 1355 braucht also keine dem § 1353, Abs. II entsprechende Schutznorm zu enthalten. Eine andere Auslegung würde auch zu ganz unbilligen Ergebnissen führen. Das Wesen der Ehe verpflichtet den Mann zur Rücksichtnahme auf alle lebenswesentlichen Belange der Frau und es bedarf keiner Worte darüber, daß eine Künstlerin oder Schriftstellerin an der Weiterführung ihres bisherigen Namens oder an der Führung eines Doppelnamens oder eines Pseudonyms ein lebenswichtiges Interesse haben kann. Ein Recht, diese schutzwürdigen Interessen der Frau zu verletzen, hat der Mann nicht, da die Pflicht der Frau zur Namensführung nur in den durch § 1353, Abs. II gezogenen Grenzen besteht.

Andrerseits wird man aber auch dem Mann unter Umständen gestatten müssen, von der berufstätigen Frau die Führung eines Pseudonyms zu verlangen. Denn es kann Fälle geben, wo die Frau schutzwürdige Interessen des Mannes verletzt, wenn sie unter seinem Familiennamen sich in der Öffentlichkeit betätigt. Das könnte insbesondere für den Mann einer Schriftstellerin oder Journalistin zutreffen, der sich durch Inhalt und Tendenz der Arbeiten seiner Frau

200) Vgl. dazu etwa die Kommentare von R.G.Räten, Staudinger und Planck zu § 1355 BGB.; ferner Gauß, a. a. O. S. 38.

201) Wieruszowski, a. a. O. § 3.

in seinen beruflichen und sozialen Interessen mit Grund geschädigt fühlt. Man denke etwa an die Lage eines hohen Beamten, dessen Frau einen Federfeldzug für den Umsturz des Staats führt, an die Frau eines Geistlichen, die in ihren Schriften zum Austritt aus der Kirche auffordert, an die Frau eines Lehrers, die anstößige Romane schreibt. Eine Klage aus § 12 kann in diesen Fällen natürlich nicht in Frage kommen, da der Gebrauch des ehelichen Namens durch die Frau kein unbefugter im Sinne dieser Vorschrift ist. Wohl aber kann der Mann gemäß § 1353 mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von der Frau die Führung eines Pseudonyms verlangen, wenn sie das ohne Grund verweigert und dadurch lebenswesentliche Interessen des Mannes verletzt werden. Allerdings muß es sich dabei auch tatsächlich um eine solche Interessenschädigung handeln und nicht etwa nur darum, daß der Mann den literarischen Wert der Arbeiten der Frau angreift — etwa ihren Prosastil bemängelt oder ihre Gedichte für ästhetisch minderwertig hält — oder daß er eine andere politische Ansicht hat. In solchen Fällen wäre eine Klage auf Führung eines Pseudonyms unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs (§ 1353, Abs. II) ausgeschlossen. — Diese Grundsätze werden noch einen Schritt weiter führen. Wie steht es nämlich dann, wenn die Schädigung der Interessen des Mannes eintreten muß, obwohl die Frau unter einem Pseudonym schreibt, z. B. weil dieses allgemein bekannt oder durchsichtig ist, oder weil an bestimmten Gedankengängen die Verfasserin mit untrüglicher Sicherheit erkannt werden kann? In diesem Fall ist es nur folgerichtig und mit gesunder Lebensanschauung durchaus im Einklang, daß dem Mann das Recht eingeräumt wird, der Frau die Publikation der fraglichen Schriften überhaupt zu verbieten. Die Rücksicht auf das Wesen der Ehe gestattet der Frau nicht, lebenswesentliche Belange des Mannes zu schädigen [202]).

Schließlich könnte es sich noch fragen, ob die Frau auch gegen Verletzungen ihres Mädchennamens Rechtsschutz genießt. In dieser Frage hat Kohler im Arch. f. ziv. Praxis überzeugende Ausführungen gemacht [203]). Danach genießt die Frau den Schutz des § 12 auch dann, wenn eine andere Person unbefugt ihren Mädchennamen gebraucht.

202) Aus den einschlägigen Bestimmungen des Urheberrechts lassen sich keine Einwände gegen diese Auffassung herleiten. Die in der Ehegemeinschaft integrierenden Interessen sind den im Urheberrecht normierten Interessen übergeordnet.

203) Bd. 107, S. 246 ff.

Ein schutzwürdiges Interesse besteht zweifellos. Auch ist es sicher richtig, daß nach dem Sinn des Gesetzes die Frau ihren Mädchennamen überhaupt nicht völlig verliert[204]). Dafür spricht namentlich das Recht der Frau, nach der Scheidung ihren eigenen Familiennamen wieder anzunehmen (§ 1577, Abs. II BGB.). Man wird daher mit Opet[205]) und Scriba[206]) ein Stadium der Latenz des Mädchennamens während der Ehe annehmen können.

Elftes Kapitel.

Hausleitungsgewalt und Arbeitspflicht der Frau gemäß § 1356 BGB.

Mit der Vorschrift des § 1356 BGB. wollte der Gesetzgeber deutsche Auffassung und Sitte zur Geltung bringen. Die Stelle bestimmt: „Die Frau ist unbeschadet der Vorschriften des § 1354 berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten. Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist." — Bemerkenswert ist zunächst, daß das Entscheidungsrecht des Mannes gemäß § 1354, Abs. I auch auf das Hausleitungsrecht der Frau sich erstreckt. Damit hat natürlich, wie sich auch aus dem Gesetz ergibt, ebenso die Vorschrift des § 1354, Abs. II zum Schutze der Frau gegen unbillige und ehewidrige Eingriffe des Mannes in die Leitung des Haushalts Anwendung zu finden. Da es sich dabei um einen spezifisch weiblichen Wirkungskreis handelt, so wird man Wolff darin beistimmen, daß Eingriffe des Mannes hier der Natur der Sache nach schon regelmäßig als Mißbrauch seines Entscheidungsrechtes anzusehen sind[207]).

Inhalt und Umfang der Hausleitungsgewalt beurteilen sich im Einzelfall nach Lebensanschauung und Verkehrssitte. Beschränkt oder stört der Mann die Frau grundlos in der Ausübung ihres Rechts auf Haushaltungsleitung, so kann die Frau mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens Unterlassung der Beeinträchtigung und ungestörte Ausübung der Haushaltsleitung begehren. Nach allgemeinen Grundsätzen sind dabei alle zur Haushaltsbesorgung gehörigen An-

204) So auch RGR. Komm., Bem. 2 und Staudinger, Bem. 6 zu § 1355.
205) Opet im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87, S. 340.
206) Vgl. a. a. O. S. 57.
207) Vgl. a. a. O. § 31, V. Ebenso Staudinger, Bem. 2 zu § 1356.

gelegenheiten fähig, als Rechte der Frau Gegenstand einer Herstellungsklage zu sein. Der Versuch von Gauß, auch hier zwischen Pflichten und Rechtssinn und „unerheblichen Pflichten" ohne Rechtscharakter zu scheiden, scheitert auch hier am Fehlen einer brauchbaren Abgrenzung[208]). — Im Innenverhältnis der Gatten erstreckt sich § 1356, Abs. I nicht auf den Schutz von Vermögensinteressen der Frau, die der Haushaltsbesorgung entstammen. Solche Interessen finden ihren ausreichenden Schutz in der Vorschrift des § 1357 BGB., wie im nächsten Kapitel auszuführen ist. Daher kann der Anspruch der Frau auf Zahlung eines Wirtschaftsgeldes nicht auf § 1356 gestützt werden[209]).

Schwierigkeiten macht die Frage, wie die Interessen der Frau geschützt werden, wenn die Mitarbeit, die ihr § 1356, Abs. II zur Pflicht macht, Vermögenswert hat. Nach der zutreffenden Auslegung des RG. gehört das, was die Frau auf Grund ihrer Arbeitspflicht erwirbt, an sich nicht ihr, weder als eingebrachtes Gut, noch als Vorbehaltsgut, und zwar auch dann, wenn sie zu ihrer Mitarbeit eigene Kenntnisse benötigt und anwendet[210]). Es gehört dem Mann. Was sie jedoch durch anderweitige selbständige Arbeit außerhalb der Verpflichtung des § 1356, Abs. II erwirbt, wird Vorbehaltsgut nach § 1367. Dem RG. ist auch darin beizustimmen, daß die Frau durch ihre Mitarbeit unter den Voraussetzungen des § 1356, Abs. II lediglich einer Rechtspflicht genügt und sonach keinen Anspruch auf Entgelt hat. Daraus folgt, daß eine vom Mann freiwillig gewährte Vergütung als Schenkung im Sinn des § 516 BGB. angesehen wurden muß. Allerdings wird es sich nach gesunder Lebensanschauung dabei um Schenkungen handeln, die „einer sittlichen Pflicht", bzw. „einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht" entsprechen, die also nach § 534 BGB. im Gegensatz zur gewöhnlichen Schenkung der Rückforderung und dem Widerrufe nicht unterliegen. Immerhin fällt die Vergütung in ihrer Eigenschaft als Schenkung grundsätzlich ins eingebrachte Gut der Frau (§ 1363, Abs. II BGB.), wenn der Mann nicht bestimmt hat, daß die Zuwendung Vorbehaltsgut werden soll (§ 1369), oder einen entsprechenden Ehevertrag mit der Frau abschließt (§ 1368 BGB.).

Das RG. will jedoch trotzdem eine Vergütung regelmäßig nicht als

208) Vgl. Gauß, a. a. O. S. 41.
209) Vgl. Kammergericht vom 14. 11. 1902, OLG. E. Bd. 6, S. 155.
210) Urteil vom 8. 10. 1906, RGZ. Bd. 64, S. 323.

Schenkung ansehen. Bei der Frage, ob und in welchem Umfange die Frau zu Dienstleistungen für das Geschäft ihres Mannes verpflichtet ist, handle es sich um die Würdigung tatsächlicher Verhältnisse, die dem subjektiven Ermessen weiten Spielraum lasse und ihre Beantwortung sei in erster Linie Sache der beiden Ehegatten selbst. „Sind sie darüber einverstanden, daß die Frau für gewisse Dienste ein Entgelt vom Manne erhalten solle, so kommt damit zum Ausdruck, daß der letztere insoweit eine Verpflichtung der Frau im Sinne von § 1356, Abs. II BGB. nicht für gegeben erachtet und deshalb eine unentgeltliche Leistung der Dienste nicht in Anspruch nehmen will. Hierdurch wird für die vom Manne der Frau gewährte oder versprochene Vergütung der Charakter als Schenkung ausgeschlossen, und sie kann ihn auch nicht dadurch erlangen, daß etwa später in Prozesse der Richter die Meinung gewinnt, der Mann habe bei jener Einigung der Ehegatten der Dienstleistungspflicht seiner Frau zu enge Grenzen gesteckt[211])." — Man könnte daran denken, gegen diese Rechtsprechung einzuwenden, daß sie den zwingenden Charakter des § 1356 verkenne, während das RG. selbst an anderer Stelle ausdrücklich betont hat, daß die durch § 1356 begründeten Rechte und Pflichten privater Abänderung entzogen seien[212]). Doch wäre ein solcher Einwand nicht stichhaltig. Der Gedankengang des RG. verstößt nicht gegen die sittliche Lebensanschauung. Auch wird dadurch die Arbeitsleistung der Frau als solche nicht berührt, vielmehr lediglich der rechtliche Charakter der Vergütung geändert. In diesen Grenzen soll nach den oben entwickelten Grundsätzen der freien sittlichen Lebensgestaltung der Ehegatten im Hinblick auf den integrierenden Sinn des Gesetzes kein Zwang geschehen. Die Rechtsprechung des RG. erscheint hier jedoch aus einem anderen Grunde bedenklich. Sie verstößt zwar nicht gegen das Wesen der Ehe, wohl aber gegen den speziellen Rechtssatz des § 1356, Abs. II, welcher mit dem Kriterium der ehelichen Lebensverhältnisse einen objektiven Maßstab aufgestellt hat. Zweifellos führt diese legislative Objektivierung der Norm auch zu praktisch brauchbaren Resultaten. Es besteht gewiß ein Bedürfnis danach, daß bei einer Interessenspannung, wie der vorliegenden, die widerstreitenden Interessen der Gatten nach objektiven Gesichtspunkten abgegrenzt werden. Natürlich soll die verantwortungsbewußte Würdigung aller einschlägigen Verhältnisse durch die Ehegatten selbst nicht ausgeschlossen werden. Doch

211) RGZ. a. a. O. Bd. 64, S. 328.
212) RGZ. Bd. 61, S. 53.

geht sicher das RG. in dieser Richtung viel zu weit, wenn es die vom Gesetz mit gutem Grunde geforderte objektive Wertung in dieser Weise zugunsten eines unbeschränkten subjektiven Ermessens der Gatten zurückdrängt. Es muß also eine Interessenabwägung nach in erster Linie objektiven Maßstäben verlangt werden. — Andrerseits kann auch die weitere Auffassung des RG., daß nämlich schon die bloße Hingabe der Vergütung deren Charakter als Schenkung regelmäßig ausschließe, zu einer unbilligen Schädigung schutzwürdiger Interessen des Mannes führen, wenn dieser die Vergütung tatsächlich als Schenkung aufgefaßt wissen wollte, damit die fraglichen Beträge in das eingebrachte Gut der Frau fallen. Es muß also mindestens gefordert werden, daß der Mann, welcher der Frau eine Vergütung für ihre Arbeit gewährt, dabei in objektiv erkennbarer Weise zum Ausdruck bringt, daß es sich um keine Schenkung handeln solle.

Schließlich bleibt noch die Frage zu untersuchen, wie die Interessen des Mannes geschützt werden, wenn die Frau entgegen der ihr vom § 1356 Abs. II auferlegten Verpflichtung und entgegen dem Willen ihres Mannes sich weigert, im Hauswesen oder im Geschäft des Mannes mitzuarbeiten. Da es sich auch hier um eine integrierende Funktion der Ehegemeinschaft handelt, so wird man dem Mann in diesem Fall mit der herrschenden Lehre die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gewähren [213]). Diese Auffassung bekämpft Joerges mit unzulänglichen Gründen [214]). Er behauptet ganz allgemein, die Herstellungsklage könne nur angestrengt werden, wenn ein Verstoß gegen Verpflichtungen „personenrechtlichen" Charakters vorliege, nicht dagegen, wenn „vermögensrechtliche" Pflichten der Gatten verletzt seien [215]). Bei der vermögensrechtlichen Bedeutung der Arbeitspflicht der Frau sei hier die Herstellungsklage unanwendbar. Diese Deduktion ist ein Schulbeispiel der oben widerlegten Inversionsmethode. Ein überliefertes Schema, eine zum Zweck der Systematisierung, der leichteren Darstellung vorgenommene Abstraktion, die schulmäßige Einteilung der Rechte in Vermögens- und Personenrechte, soll hier zur Gewinnung neuer Normen verwendet werden. Joerges verkennt hier, daß die Gesetzesnormen nicht aus „einem vollständigen und nur zu erforschenden

213) So die Kommentare von Planck und Staudinger, je Bem. 3 zu § 1356; Endemann, a. a. O. S. 313; Wieruszowski, § 3; Gauß, S. 41 ff.; RGZ. Bd. 97, S. 287.

214) Vgl. dazu a. a. O. S. 49 und 54.

215) Vgl. a. a. O. S. 38 ff.

System von Strukturbegriffen entstanden sind", daß der Gesetzgeber vielmehr Lebensprobleme erfassen, Lebensbedürfnisse befriedigen, Interessenkonflikte entscheiden will[216]). Die Rechtsidee der ehelichen Lebensgemeinschaft verlangt von den Gatten unter Umständen auch vermögenswerte Leistungen, wenn diese zur Integration der Ehegemeinschaft geboten sind. Auch die vom § 1356 gebotene Arbeitspflicht der Frau ist praktische Erscheinungsform des im § 1353, Abs. I gegebenen Prinzips, ist integrierende Funktion der Ehegemeinschaft. Die Herstellungsklage aber dient dem Schutze des vom § 1353 umfaßten Integrationszusammenhangs.

Der einzige *sachliche* Einwand, den Joerges geltend macht, bezieht sich auf die Vorschrift des § 615 ZPO. Zweifellos kann unter Umständen ein starkes schutzwürdiges Bedürfnis des Mannes danach bestehen, die auf § 1356, Abs. II gestützte Klage mit einer Schadensersatzklage zu verbinden. „Wenn auch die Dienste nicht durch äußeren Zwang erzwungen werden können, so tritt doch an die Stelle des Anspruchs auf die Dienste ein Anspruch auf Schadensersatz[217])." Allerdings geht Joerges zu weit, wenn er in allen Fällen von Verletzung des § 1356, Abs. II einen Schadensersatzanspruch des Mannes anzunehmen scheint. Damit bliebe die moderne Anschauung vom Wesen der Ehe unberücksichtigt. Die Schadenshaftung der Frau kann nicht schon allein dadurch gegeben sein, daß sie die ihr obliegende Arbeitspflicht versäumt. Andrerseits kann es zweifellos Fälle geben, wo schutzwürdige Bedürfnisse des Mannes eine Schadensersatzpflicht der Frau begründet erscheinen lassen. Man denke daran, daß die Frau etwa in schikanöser Weise dem Geschäft des Mannes ihre Mitarbeit entzieht, um dem Manne geschäftlichen Schaden zuzufügen. In solchen Fällen wird sich das Rechtsgefühl keines vernünftigen Menschen gegen eine Schadenshaftung der Frau sträuben. Es ist also eine die Lebensanschauung und die schutzwürdigen Belange des Mannes nach Maßgabe des Einzelfalls abwägende Interessenbewertung erforderlich, um das Rechtsschutzbedürfnis für eine Schadensersatzklage des Mannes wegen Verletzung der Arbeitspflicht zu begründen. Das RG. macht zu dieser Frage treffende Ausführungen[218]). Es hatte einen Fall zu entscheiden, wo der beklagte Ehemann gegenüber einer Klage der ge-

---

216) Heck, im „Grundriß des Schuldrechts", Anhang, § 2, Bem. 4.
217) Joerges, a. a. O. S. 54.
218) Urteil vom 5. Juni 1905; JW. 1905, S. 431.

schiedenen Ehefrau auf Rückzahlung der Mitgift eine Schadensforderung zur Aufrechnung brachte, die er daraus herleitete, daß die Klägerin ihn unter Zurücklassung des erst neun Monate alten gemeinsamen Kindes böswillig verlassen habe. Das RG. billigt zunächst die Ansicht des Berufungsgerichts, daß eine Frau, die sich den in §§ 1353, Abs. I und 1356 BGB. erteilten Vorschriften zuwider der ehelichen Lebensgemeinschaft, der Leitung des Hauswesens sowie der Mitarbeit im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes entziehe, dadurch allein nicht schadensersatzpflichtig ihrem Manne gegenüber werde. „Sie verletzt Pflichten, die durch die Ehe begründet sind, aber die Grundlosigkeit solcher Pflichtverletzung ist für sich allein nicht ausreichend, ihre Schadensersatzpflicht nach sich zu ziehen. Die aus dem ehelichen Verhältnis entspringenden Verpflichtungen, insbesondere die Verpflichtung zum Zusammenleben und zur Beistandsleistung sind wesentlich sittlicher Natur. Werden sie verletzt, so kann der verletzte Teil von dem ihm für diesen Fall vom Gesetz eingeräumten Rechtsbehelfen, z. B. der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, gegebenenfalls der Scheidungsklage, Gebrauch machen. Allerdings kann es nicht als grundsätzlich ausgeschlossen erachtet werden, daß ehewidriges Verhalten eines Teils dem anderen Teile gegenüber schadensersatzpflichtig macht. Wenn auch die in Rede stehenden Pflichten einer wesentlich sittlichen Grundlage entspringen, so hindert dieser Umstand doch nicht, die Verantwortlichkeit des verletzenden Teils für sein Tun oder Unterlassen aus anderen Gesetzesvorschriften, z. B. aus der Vorschrift des § 826 BGB., wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, herzuleiten. Danach ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Es steht nichts im Wege, diese Vorschrift auch auf das Verhältnis der Eheleute anzuwenden, denn gegenüber Handlungen, die sich nicht nur als Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten, sondern auch als Verletzungen im Sinne des § 826 BGB. darstellen, darf auch der Ehegatte desjenigen Schutzes nicht entbehren, der jedem anderen auf Grund des Gesetzes zuteil wird." Auch unter den Voraussetzungen des § 823, Abs. I und II BGB. wegen Verletzung eines absoluten Rechts oder wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz will das RG. in diesem Zusammenhange Schadensersatzansprüche gewähren. Auf dieser besonderen rechtlichen Grundlage ist die Schadenshaftung der ihre Arbeitspflicht verletzenden Ehefrau begründet. Dieser Standpunkt ist auch in der Literatur

der herrschende[219]). Der praktische Hauptfall wird die vorsätzliche Schädigung des Geschäftsbetriebs des Mannes sein.

Wenn und soweit nach diesen Grundsätzen aber ein Schadensanspruch des Mannes aus § 1356 begründet ist, besteht auch ein starkes praktisches Bedürfnis nach der Möglichkeit einer Verbindung der Herstellungsklage und der Schadensersatzklage. Eine starre Anwendung des § 615 ZPO. auf diese Fälle würde auch hier zu unbrauchbaren Ergebnissen führen. Insoweit ist den von Joerges geäußerten Bedenken sicher zuzustimmen. Verfehlt wäre es jedoch, mit ihm aus diesem Grund die Anwendung der Herstellungsklage auszuschließen. Nach den oben entwickelten prinzipiellen Erwägungen über die Auslegung der prozessualen Normen, die das Gesetz für die Herstellungsklage vorsieht, bestehen keine Bedenken, von der Anwendung des § 615 ZPO. auch in diesen Fällen abzusehen. Auch hier erweisen sich die vom Gesetzgeber außer acht gelassenen schutzwürdigen Lebensbedürfnisse stärker, als die von ihm ins Auge gefaßte Interessenspannung. Die formalen Schwierigkeiten, die sich aus der Verbindung einer Ehesache mit einer regelmäßigen Klage ergeben können, sind nicht so hoch zu veranschlagen, daß es gerechtfertigt erscheinen könnte, deshalb schutzwürdige Lebensinteressen des Mannes unbefriedigt zu lassen.

Zwölftes Kapitel.

Die Schlüsselgewalt der Frau gemäß § 1357 BGB.

„Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt." — Diese Fassung des § 1357, Abs. I läßt die zugrundeliegenden Interessenbeziehungen klar erkennen. Es laufen hier Interessen der Frau und Dritter zusammen. Zunächst und in erster Linie ist die Schlüsselgewalt Ausfluß und Funktion der im § 1356, Abs. I enthaltenen Hausleitungsgewalt. Sie ermöglicht der Frau die Durchführung und Erfüllung der ihr in dieser Vorschrift zugewiesenen Aufgaben[220]). Zu diesem Zweck

219) Vgl. etwa die Kommentare von Staudinger (Bem. 3) und von RG.-Räten, Bem. 7 zu § 1356.

220) Ebenso Mot. IV, S. 117.

erhält die Frau im Innenverhältnis ein Geschäftsbesorgungsrecht, im Außenverhältnis ein Stellvertretungsrecht für den Mann, beides jedoch nur im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises. Beide Rechte empfängt die Frau direkt vom Gesetze, sie entspringen nicht Vertragsbeziehungen. Insbesondere operiert das Gesetz nicht mit fiktiver stillschweigender oder vermuteter Vollmachterteilung seitens des Mannes, wie das noch das preußische ALR. (II, 1 §§ 321 ff.) getan hatte. — Auf das Geschäftsbesorgungsrecht finden die Normen des Auftrags analoge Anwendung (§§ 662 ff. BGB.). Das ist der Standpunkt der herrschenden Lehre[221]), eine Auslegung, die zweifellos zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt. Es folgt aus dieser Auffassung namentlich, daß die Frau einen klagbaren Anspruch auf Vorschuß, d. h. auf Haushaltungsgeld hat (Analogie des § 669 BGB.). Das ist jetzt auch in der Rechtsprechung anerkannt[222]). Entsprechend kann die Frau auch Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen, wie sich aus § 670 BGB. ergibt. Hier also finden die aus der Haushaltungsleitung der Frau erwachsenden Vermögensinteressen ihren Schutz. Über die Frage, ob diese Ansprüche im Eheprozeß mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens oder im Wege der gewöhnlichen Leistungsklage geltend zu machen sind, sollen im 14. Kapitel grundsätzliche Erwägungen angestellt werden. —

Doch „verfolgt das Gesetz mit der Ermächtigung der Frau zur Vertretung des Mannes nicht allein den Zweck, der Frau ein Mittel darzubieten, das ihr die Erfüllung ihrer häuslichen Aufgaben ermöglicht, sondern es gibt damit zugleich jedem Dritten eine Gewähr, daß er sich auf Geschäfte, die in ihrer Art dem häuslichen Wirkungskreise der Frau angehören, im Vertrauen auf deren Verbindlichkeit für den Mann mit der Frau einlassen darf". Mit diesen Worten kennzeichnet das Reichsgericht (Bd. 61, S. 80) treffend die im § 1357, Abs. I enthaltenen und normierten Drittinteressen, die objektiv betrachtet Verkehrs- und subjektiv betrachtet Vertrauensinteressen sind. Sie finden ihren Schutz in der Vorschrift des § 1357, Abs. I, Satz 2. Lehrt Satz 1 des ersten Absatzes, wann der Mann durch die Geschäftsführung objektiv berechtigt und verpflichtet wird, so bestimmt Satz 2 der Stelle,

221) Vgl. etwa die Kommentare von Planck und Staudinger zu § 1357; ebenso Wolff, a. a. O. § 43, III, 1.

222) So OLG. Stettin, 8. 7. 1902, OLG. E. Bd. 5, S. 395; OLG. Braunschweig, vom 7. 6. 1912, OLG. E. Bd. 26, S. 212; ebenso Staudinger, Bem. 3 a zu § 1357; Wolff, a. a. O. § 43, III und Gauß, a. a. O. S. 48, Anm. 86.

wann er sich im Verhältnis zu Außenstehenden als berechtigt und verpflichtet behandeln lassen muß. Norm und Schranke der Schlüsselgewalt bildet auch hier der häusliche Wirkungskreis der Frau, zu welchem das RG. in der angeführten Entscheidung nicht nur die eigentlichen Haushaltungsgeschäfte, sondern alle den ehelichen Haushalt betreffenden Besorgungen rechnet, deren besondere Beschaffenheit nach der bestehenden Sitte auf eine Erledigung durch die Frau hinweist.

Der Umfang, in welchem die gesetzliche Vermutung des § 1357, Abs. I, S. 2 zugunsten der Drittinteressenten wirksam ist, kann sich der Natur der Sache nach nur nach der Lebensgestaltung der Ehegatten bemessen, wie sie nach außen, im Verkehr erkennbar, in Erscheinung tritt. Entspricht dieser äußere Lebenszuschnitt den tatsächlichen Verhältnissen nach der positiven oder negativen Seite hin nicht, so muß das unerheblich bleiben, da der äußere Lebenszuschnitt der einzige Maßstab ist, nach dem sich Drittkontrahenten im Verkehr orientieren können. „Nur der tatsächliche Zuschnitt des Hauswesens und die damit zusammenhängende äußere Lebensführung der Ehegatten, nicht aber eine Lebenshaltung, wie sie in Rücksicht auf das Einkommen des Mannes beschaffen sein müßte, in Wirklichkeit aber nicht beschaffen ist, kennzeichnen nach Inhalt und Umfang den häuslichen Wirkungskreis der Frau und damit gleichzeitig die Grenzen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht[223])." Da der Mann, wie das RG. in derselben Entscheidung zutreffend ausführt, den äußeren Zuschnitt des Hauswesens, nach dem sich der Umfang der Schlüsselgewalt im Außenverhältnis bemißt, zu bestimmen hat[224]) und die Frau das Hauswesen nur leitet[225]), so hat es damit der Mann tatsächlich in der Hand, indirekt den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht der Frau zu bestimmen. Das gibt auch deshalb einen guten Sinn, weil die Frau mit der gesetzlichen Vermutung des § 1357, Abs. I, Satz 2 nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnung nicht etwa eine Möglichkeit zur Selbsthilfe erhalten soll, wenn der Mann den tatsächlichen Lebenszuschnitt im Mißverhältnis zu seiner wirtschaftlichen Lage zu niedrig bemißt. Die Frau hätte es ja sonst in der Hand, die Norm des § 1354, Abs. I in weitem Umfang tatsächlich illusorisch zu machen. Vielmehr hat die Frau, wenn der Mann in ehewidriger Weise — etwa aus Geiz oder Schikane — im Gegensatz zu seinen

223) In dem schon erwähnten Urteil vom 31. 5. 1905, RGZ. Bd. 61, S. 79 ff.
224) § 1354, Abs. I BGB.
225) § 1356, Abs. I BGB.

Vermögensverhältnissen eine niedrige Lebenshaltung bestimmt, sich der ihr zustehenden, in den Schutznormen der §§ 1353, Abs. II und 1354, Abs. II enthaltenen Rechte zu bedienen oder mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens vom Manne eine seiner wirtschaftlichen Lage entsprechende Verbesserung der Lebensführung zu begehren. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Anwendung der Herstellungsklage wird man jedoch auch im entgegengesetzten Fall bejahen müssen, wenn nämlich der Mann aus Verschwendungssucht die Lebenshaltung zu hoch bemißt, so daß der von ihm getriebene Aufwand seine wirtschaftlichen Kräfte erheblich übersteigt. Ein solches Verhalten des Mannes ist zweifellos eine Verfehlung gegenüber der Frau, da eine Zerrüttung der Vermögensverhältnisse die Grundlage der ehelichen Gemeinschaft bedroht und auch die Zukunft der Kinder schädigt. Es muß daher der Frau gestattet sein, in solchen Fällen von dem verschwenderischen Mann mit der Herstellungsklage die Einhaltung einer seinen Einkünften entsprechenden Lebenshaltung zu verlangen.

Die Interessen des Mannes wahrt das Gesetz im ersten Satz des zweiten Absatzes des § 1357, allerdings in sehr weitgehender Weise: Der Mann kann das Schlüsselrecht der Frau aus eigener Machtvollkommenheit einschränken oder ganz vernichten. Eine solche Maßnahme des Mannes ist zunächst unter allen Umständen gültig, gegen redliche Dritte jedoch nur nach Maßgabe des § 1435 BGB., also nach Eintragung in das Güterrechtsregister. — Gegen mißbräuchliche Maßnahmen des Mannes erhält die Frau einen besonderen, von den Schutznormen der §§ 1353, Abs. II und 1354, Abs. II verschiedenen Rechtsschutz: Auf Antrag der Frau kann das Vormundschaftsgericht die Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt aufheben (Abs. II, Satz 2). — Hier hat sich nun die Streitfrage ergeben, ob die Frau mit der Anrufung des Vormundschaftsgerichts ausschließlichen Rechtsschutz gegen grundlose Entziehung oder Beschränkung ihrer Schlüsselgewalt erhalten hat, oder ob sie außerdem noch mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens das Prozeßgericht anrufen kann. Die wohl noch überwiegende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß der Frau zum Schutze gegen mißbräuchliche Beeinträchtigungen der Schlüsselgewalt auch der Rechtsweg der streitigen Gerichtsbarkeit offenstehen müsse. Dieser Meinung sind namentlich die Kommentare von Planck[226]), von Stau-

226) Bem. 12 zu § 1357 BGB.

dinger[227]) und von Reichsgerichtsräten[228]), ferner Wieruszowski[229]), Gauß[230]) und Werner[231]). Die Frau hat nach dieser Ansicht die Wahl zwischen den beiden Rechtsschutzmöglichkeiten. — Jede Anrufung des Prozeßgerichts will eine stark vertretene andere Meinung ausschließen, der hauptsächlich die Kommentare zur ZPO. von Stein-Jonas[232]) und Seuffert[233]), ferner Hellwig[234]) sowie die Lehrbücher von Endemann[235]), Dernburg[236]), Crome[237]), Enneccerus[238]), und die Einzelabhandlung von Joerges[239]) folgen.

Frägt man, um in dieser Frage festen Boden unter den Füßen zu gewinnen, zunächst nach der legislativen Erfolgsabsicht, so zeigt die Entstehungsgeschichte des § 1357, Abs. II, Satz 2, daß mit dieser Vorschrift die Anrufung des Prozeßgerichts nicht ausgeschlossen werden sollte. Im Gegenteil ergibt sich aus den Motiven, daß nach dem ersten Entwurf überhaupt nur das Prozeßgericht zuständig sein sollte[240]). Erst die zweite Kommission hat das Vormundschaftsgericht für zuständig erklärt. Es wurde dabei jedoch anerkannt, daß dadurch die Anwendbarkeit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht ausgeschlossen sein sollte. Vielmehr könne diese insbesondere dann am Platze sein, wenn in dem Verhalten des Mannes eine tiefe Kränkung für die Frau liege[241]). — Wurde sonach mit der Schaffung des § 1357, Abs. II, Satz 2 eine Beschränkung der Frau auf den Rechtsweg der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht bezweckt, so fragt es sich, welche Gegeninteressen, welche praktischen Bedenken einer der legislativen Absicht entsprechenden Auslegung im Wege stehen sollen und ob diese Bedenken so schwerwiegend sind, daß sie eine Beeinträchtigung der gesetzgeberischen Erfolgsinteressen rechtfertigen. Diese Frage

227) Bem. 5 zu § 1357 BGB.
228) Bem. 6 zu § 1357 BGB.
229) Vgl. a. a. O. S. 44.
230) Vgl. a. a. O. S. 46 ff.
231) Vgl. a. a. O. S. 54 ff.
232) Vorbem. III, 5 vor § 606 ZPO.
233) Bem. 2 zu § 606 ZPO.
234) System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Band II, S. 7.
235) Vgl. a. a. O. § 170.
236) Vgl. a. a. O. § 33.
237) Vgl. a. a. O. Seite 148.
238) Wolff, a. a. O. § 43, Note 19.
239) Vgl. a. a. O. S. 46 ff.
240) Mot. IV S. 119.
241) Prot. IV, S. 108.

muß verneint werden. Der Gesetzgeber hatte einen möglichst weitgehenden und umfassenden Rechtsschutz der Frau gegenüber der dem Manne gewährten schrankenlosen Befugnis zur Aufhebung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt im Auge. Mißbrauchte der Mann diese Befugnis, so waren zwei schutzbedürftige Interessenbeziehungen der Frau zu unterscheiden. Einmal mußte die Möglichkeit geschaffen werden, die aufgehobene oder beschränkte Schlüsselgewalt in ihrem vollen Umfang wiederherzustellen und die Löschung der mißbräuchlichen Maßnahme im Güterrechtsregister zu bewirken. Da dem Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens keine solche unmittelbare Gestaltungswirkung innewohnt, so ist ein Schutz dieser Interessen der Frau durch die Anrufung des Vormundschaftsgerichts gewährleistet, da dieses nach § 1357, Abs. II, Satz 2 mit unmittelbar rechtsgestaltender Wirkung das Schlüsselrecht wiederherstellen und die Löschung der Beeinträchtigung im Güterrechtsregister bewirken kann. Damit sind jedoch noch nicht alle einschlägigen Lebensinteressen der Frau geschützt. In einer wiederholten grundlosen Entziehung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt kann zweifellos eine schwere Kränkung der Frau, ein grober Beweis von Mißachtung seitens des Mannes und im Falle der Publizierung, im Güterrechtsregister oder in anderer Weise, auch eine Schädigung ihres Ansehens, ihrer sozialen Stellung liegen. Ein derartiges schikanöses Verhalten des Mannes bedeutet natürlich einen Verstoß gegen die durch die Ehe gebotenen Pflichten und eine Gefährdung des Bestandes der Ehe. In solchen Fällen verlangen starke schutzwürdige Bedürfnisse der Frau, daß ihr gestattet wird, mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens den Mann an seine Pflichten zu mahnen. Es muß der Frau ermöglicht sein, ein obsiegendes Urteil gegen den Mann zu erstreiten, das ihn zur Unterlassung seiner schikanösen Maßnahmen verpflichtet. Eine Vollstreckbarkeit des Urteils wird man allerdings nicht annehmen können; vielmehr erscheint die Anwendung des § 888, Abs. II ZPO. auf diese Fälle der Herstellungsklage nach moderner Lebensanschauung geboten. Damit verliert jedoch das den Mann verurteilende Erkenntnis seinen praktischen Wert für die Frau noch nicht. Diese hat sich damit jedenfalls eine sehr günstige Position gesichert, wenn sie wegen Nichtbefolgung des Herstellungsurteils auf Scheidung klagt, und der Mann selbst wird sich häufig dem indirekten Zwang des Urteils nicht verschließen, wenn er im Falle der Nichtbefolgung mit einer Scheidung zu seinen Ungunsten rechnen muß.

Welche Gründe werden nun von den Vertretern der entgegengesetzten Meinung geltend gemacht? Der erste Einwand ist prozeßtheoretischer Art. Seuffert lehnt den Gedankengang der Kommission als rechtsirrtümlich ab, da der Rechtsweg der streitigen Gerichtsbarkeit ganz allgemein ausgeschlossen sei, wenn Rechtshilfe im Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt werde. Nach Stein-Jonas ist die Zuweisung an den Prozeßrichter oder an denjenigen der freiwilligen Gerichtsbarkeit „keine theoretische Auffassung, sondern bedeutet den Gesetzesbefehl, diese Angelegenheiten in allen Fragen des Verfahrens, des Rechtsmittelzuges usw. in der einen oder anderen Weise zu behandeln“ [242]). In solcher Allgemeinheit ist dieser Grundsatz jedoch zweifellos nicht richtig. Stein-Jonas weist selbst daraufhin, daß das geltende Recht in verschiedenen Fällen eine Konkurenz der beiden Verfahrensarten ausdrücklich zugelassen habe [243]). Ein bestimmtes Prinzip sei in dieser Behandlung nicht ersichtlich, vielmehr seien offenbar nur praktische Erwägungen maßgebend. Nun wird man aber eine konkurrierende Anwendung der beiden Verfahrensarten nicht lediglich dann als zulässig ansehen, wenn das Gesetz dies ausdrücklich gestattet, sondern auch dann, wenn es eine solche Auslegung nicht verbietet und diese zur Befriedigung schutzwürdiger Lebensinteressen geboten ist.

Dagegen ergeben sich zweifellos praktische Bedenken bei einem anderen Einwand. Es wird nämlich ausgeführt, eine alternierende Zulassung des Rechtswegs der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit führe zu unhaltbaren Ergebnissen, weil die Möglichkeit bestehe, daß die vom Vormundschaftsgericht und die vom Prozeßgericht getroffenen Entscheidungen sich inhaltlich widersprechen. Da das Vormundschaftsgericht von der Entscheidung des Streitgerichts nicht präjudiziert ist, andrerseits eine Nachprüfung der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts durch das Prozeßgericht nicht stattfindet, so muß diese Möglichkeit durchaus eingeräumt werden. Zweifellos ist das Ein-

242) Stein-Jonas, Vorbem. III vor § 1 ZPO.

243) So kann die Sicherung des Beweises im Sinn der §§ 485 ff. ZPO. entweder während eines Prozesses oder außerhalb eines solchen erfolgen und hat im letzteren Falle den Charakter eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, da dann die Beziehung auf einen künftigen Rechtsstreit zwar möglich, aber keineswegs notwendig ist (vgl. auch Stein-Jonas, Vorbem. 1 vor § 485). Konkurrierende Zulässigkeit besteht auch bei der Nichtigkeit von Aktiengesellschaften usw. und von Beschlüssen der Generalversammlungen (vgl. HGB. § 309 [272 f.], G. m. b. H.-Ges. §§ 75 f. mit FGG. §§ 144, 127) oder bei der Fristbestimmung im Fall des § 2193 BGB. in § 255, Abs. II ZPO. und § 80 FGG.

treten dieser Möglichkeit unerwünscht. Doch wird ein solches Ergebnis praktisch immerhin zu den großen Seltenheiten gehören. Bei vernünftiger und billiger Bewertung der Fälle hat das Eintreten dieser Möglichkeit einen so geringen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß es verfehlt wäre, ihr die gekennzeichneten schutzwürdigen Lebensinteressen der Frau zu opfern. Es kann nun einmal keine Rede davon sein, daß die Frau lediglich durch die Anrufung der freiwilligen Gerichtsbarkeit hier in allen ihren schutzwürdigen Bedürfnissen ausreichend geschützt wäre. Es besteht vielmehr auch hier ein starkes Rechtsschutzinteresse für die Anwendung der Herstellungsklage und es geht durchaus nicht an, wie das manche Schriftsteller tun, die Frau statt dessen auf die Scheidungsklage zu verweisen. Wenn die Frau — namentlich etwa aus Rücksicht auf ihre Kinder — nur einen Druck auf den Mann ausüben will, dann will sie gerade zunächst nicht geschieden sein. Außerdem muß sie sich die Möglichkeit sichern können, in einem nachfolgenden Scheidungsprozeß obzusiegen, wenn der Mann das Herstellungsurteil nicht beachtet. Der in den Materialien hervortretenden legislativen Interessenbewertung ist zuzustimmen. Es können keine praktischen Bedenken anerkannt werden, die es rechtfertigen würden, die Frau in den ihr zustehenden Rechtsbehelfen einzuschränken. Damit ist auch eine wirksame Sicherung der Frau gegen spätere mißbräuchliche Entziehung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt gewonnen. Denn wenn die Frau ein obsiegendes Urteil im Herstellungsprozeß gegen den Mann erstritten hat, so muß dieser, sofern er dem Urteil zuwider das Schlüsselrecht der Frau weiterhin grundlos beeinträchtigen will, immer damit rechnen, daß die Frau, gestützt auf die Nichtbeachtung des Urteils, nach § 1568 BGB. gegen ihn auf Scheidung klagt und daß er im Scheidungsurteil für den allein schuldigen Teil erklärt wird. Diese — allerdings mittelbare — Sicherung der Frau vor künftigen mutwilligen Maßnahmen des Mannes könnte nicht gewährleistet werden, wenn die entgegengesetzte Lehre zugrunde gelegt würde. Dernburg, Endemann und Crome fühlen hier selbst, daß die von ihnen vertretene Auffassung in dieser Richtung unzulänglich ist und schutzwürdige Interessen der Frau nicht zu wahren vermag. Trotzdem soll die konkurrierende Anrufung des Prozeßgerichts ausgeschlossen bleiben. Statt dessen soll die das Schlüsselrecht wiederherstellende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts solange Rechtswirkung behalten, bis sie auf Antrag des Mannes wegen veränderter Umstände vom Vormundschaftsgericht selbst wieder aufgehoben wird. Inzwischen soll das Recht

des Mannes zur Entziehung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt ruhen [244]). Dieser Vorschlag würde jedoch eine de lege lata unmögliche gewaltsame Korrektur des Gesetzes bedeuten. Es wäre ein typischer Fall von „Kernberichtigung" des Gesetzes, die nach den oben ausgeführten grundsätzlichen Erwägungen nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen zugelassen werden darf. Außerdem können bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung keine praktischen Bedürfnisse nach einer Auslegung des Gesetzes im Sinne dieser Schriftsteller erkannt werden, da gerade die hier vertretene Meinung der Frau Garantien für die Zukunft gibt, ohne daß dabei den Intentionen des Gesetzgebers und dem Rechtssicherheitsinteresse Gewalt geschehen müßte.

Schließlich will Kohler für den Fall wiederholter schikanöser Beeinträchtigung der Schlüsselgewalt der Frau eine Klage aus § 226 BGB. wegen Schikane gewähren [245]). Die Geltendmachung schikanösen Verhaltens des Mannes durch die Frau kann jedoch außerhalb des Eheprozesses nicht gestattet werden. Auch besteht für eine solche Auslegung angesichts der Zulässigkeit der Herstellungsklage kein Bedürfnis.

De lege ferenda ist zu der Frage der Rechtsbehelfe der Frau gegen willkürliche Verletzung ihrer Schlüsselgewalt zu sagen, daß auch in diesem Falle des Rechtsschutzes der Ehe die vom schweizerischen Recht getroffene Lösung den Vorzug vor der Regelung des BGB. verdient. Das schweizerische ZGB. ermächtigt einfach, klar und zweckmäßig den Prozeßrichter zur Aufhebung der Entziehung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt auf Antrag der Frau (Art. 165), wobei der Richter auf Begehren der Frau gleichzeitig den Mann an seine Pflicht zu mahnen und im Falle der Erfolglosigkeit der Mahnung die oben [246]) geschilderten vom Gesetz zum Schutze der Gemeinschaft vorgesehenen Maßnahmen treffen kann (Art. 169). Damit ist ohne Komplikationen ein sicherer und wirksamer Rechtsschutz aller einschlägigen Interessen der Frau ermöglicht.

---

244) Vgl. Dernburg, a. a. O. § 33, Ziff. 3; Endemann, a. a. O. § 170, Anm. 29; Crome, a. a. O. S. 148, Note 5.

245) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Band, 1. Teil (Familienrecht), 1924. S. 77 f.

246) Vgl. oben II. Abschnitt, 4. Kapitel.

Dreizehntes Kapitel.

Das Kündigungsrecht des Ehemanns gemäß § 1358 BGB.

Der Mann hat nach § 1358 BGB. unter Umständen das Recht, ehewidrige Verpflichtungen der Frau gegenüber Dritten zu lösen. Hat sich die Frau zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann dieses Rechtsverhältnis dem Vertragspartner der Frau gegenüber — befristet oder fristlos — kündigen, sofern er auf seinen Antrag vom Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt wurde. Zur Erteilung dieser Ermächtigung ist das Vormundschaftsgericht verpflichtet, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt (§ 1358, Abs. I). Aus der Fassung des Gesetzes schon („wenn sich ergibt") läßt sich hier der Schluß ziehen, daß die Frau vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zu hören ist[247]). Im übrigen entscheidet das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen. Eine sachliche Nachprüfung der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts durch das Prozeßgericht findet nicht statt[248]).

Der § 1358 BGB. bringt also den Grundsatz der Überordnung der Interessen der Ehegemeinschaft über Sonderinteressen der Ehegatten — hier der Frau allein — in einer bestimmten Richtung zum Ausdruck: Auch Drittinteressen, selbst wenn an sich schutzwürdig, haben demgegenüber zurückzutreten. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Vorschrift als praktische Erscheinungsform des im § 1353, Abs. I enthaltenen Prinzips dar. Außerdem steht die Stelle in Funktionszusammenhang mit der Vorschrift des § 1356. Wenn § 1357 die Interessen wahrt, die der Frau aus der Durchführung ihres Hausleitungs*rechts* erwachsen, so schützt die Vorschrift des § 1358, Abs. I die Interessen, die der Mann an der Erfüllung ihrer Hausleitungs*pflicht* hat. Das Kündigungsrecht des Mannes kann bei jeder dem Privatrecht angehörenden Vereinbarung zum Zuge kommen, die eine persönliche Leistung von der Frau fordert und dadurch die Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten beeinträchtigt, insbesondere also bei einer Tätigkeit der Frau etwa als Bühnenkünstlerin, Lehrerin, Arbeiterin

247) Planck, Komm. Bem. 6 zu § 1358.

248) So mit Recht Wieruszowski, S. 28 ff., Staudinger, Bem. 2, d zu § 1358; v. Lilienthal in „Das Kündigungsrecht des Ehemanns aus § 1358 BGB." in Heft 28 der von R. Leonhardt herausgegebenen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, S. 25 ff.

oder Hausgesinde. Daß das Kündigungsrecht bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Frau, etwa bei Anstellungen im Staats- oder Gemeindedienst, keine Anwendung finden kann, ist allgemein anerkannt[249]). Für solche Rechtsverhältnisse sind naturgemäß die einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts maßgebend.

Schließlich ist auch die innere Verwandtschaft des Kündigungsrechts mit dem Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1354 unverkennbar: Ist es subjektiv, vom Interessenstandpunkt des Mannes aus gesehen, eine Funktion des § 1356, so erscheint es bei objektiver Betrachtung als ein mit besonderer Gestaltungswirkung im Außenverhältnis ausgestatteter Spezialfall des Entscheidungsrechts. Die Frau empfängt kein inhaltlich entsprechendes Recht vom Gesetze. Sie kann nicht mit unmittelbarer Gestaltungswirkung in Vertragsbeziehungen des Mannes eingreifen, selbst wenn durch diese die Lebensgemeinschaft der Gatten überhaupt illusorisch wird. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Mann sich als Matrose anheuern läßt, sich einer Forschungsexpedition als Teilnehmer verpflichtet u. ä.; jedoch auch dann, wenn er seinen Beruf wechselnd ohne Not sich zu einer Tätigkeit verpflichtet, die ganz andere soziale Voraussetzungen hat und ganz andere Lebensbedingungen mit sich bringt als seine bisherige Berufstätigkeit. Hieher können alle Fälle gerechnet werden, wo der Mann einen mit Lebensgefahr verbundenen oder seiner bisherigen sozialen Stellung unwürdigen Beruf ergreift. — In solchen Fällen bleibt der Frau nur die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens oder in letzter Linie die Scheidungsklage gemäß §§ 1567, 1568 BGB.[250]).

Der Mann dagegen kann mit rechtsgestaltender Wirkung in Verpflichtungen der Frau eingreifen und es kommt nächst der Vorschrift des § 1354, Abs. I in dieser Befugnis des Mannes zum Ausdruck, daß das Gesetz ihm die führende Rolle in der Ehe zuweist und die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft in erster Linie auf ihn gründet. Gegen mißbräuchliche Ausübung dieses Rechtes bedarf die Frau des Schutzes. Ihre erste Sicherung liegt in der Bindung des Mannes an die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts (Abs. I des § 1358). Weitere Garantien bietet der Abs. II der Stelle: Das Kündigungsrecht ist überhaupt ausgeschlossen, wenn der Mann der

249) Vgl. namentlich Hörle, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 31, S. 149 und Staudinger, Bem. 2, b zu § 1358.

250) Vgl. auch Mot. IV, S. 110; Planck, Komm. Bem. 13; Staudinger, Bem. 9 zu § 1358; Gauß, a. a. O. S. 48.

Verpflichtung der Frau zugestimmt hat oder wenn das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Frau die Zustimmung des Mannes ersetzt (Abs. II, Satz 1). Die Zustimmung ist ersetzbar, wenn der Mann entweder an der Abgabe einer Erklärung verhindert ist oder aber seine Zustimmung unter Mißbrauch seines Rechtes verweigert (Abs. II, Satz 1 des § 1358). Es wiederholt sich hier also der Gedanke des § 1357, Abs. II, Satz 2: Die Frau erhält direkt wirksame Rechtshilfe im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn der Mann das ihm verliehene Gestaltungsrecht mißbraucht. Auch hier ist, wie bei der Vorschrift des § 1357, Abs. II, Satz 2 die Frage entstanden, ob die Frau, statt das Vormundschaftsgericht anzurufen, im Eheprozeß vom Manne die verweigerte Zustimmung begehren kann. Die Frage ist entsprechend dem zu § 1357, Abs. II Gesagten zu bejahen. Wiederholte unbegründete Ausübung des Kündigungsrechtes bedeutet einen schweren Verstoß gegen die ehelichen Gemeinschaftspflichten. Gegen ein derartiges schikanöses Verhalten des Mannes darf der Frau der Schutz der Herstellungsklage nicht versagt werden. Auch hier würden — namentlich im Hinblick auf künftige mißbräuchliche Kündigungen — schutzwürdige Interessen der Frau nicht gewahrt, wenn sie auf die Anrufung des Vormundschaftsgerichts beschränkt bliebe.

Bei alledem darf jedoch nicht verkannt werden, daß der dem Manne vom § 1358 gewährte Interessenschutz nur unvollkommen ist. Die Frau hat es jederzeit in der Hand, ihn illusorisch zu machen, indem sie ihre übernommenen Leistungen tatsächlich beginnt oder fortsetzt. Ein Mittel, sie hieran zu hindern, gibt der § 1358 dem Manne nicht in die Hand. Praktische Bedeutung für die Integration der Gemeinschaft erlangt das Kündigungsrecht erst dann, wenn die Frau es respektiert. Tut sie das nicht und setzt sie ihre Leistungen fort, so wird sie allerdings regelmäßig ehewidrig handeln und damit den Mann zur Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens berechtigen. Die Zulässigkeit der Herstellungsklage wegen Nichtbeachtung der erfolgten Kündigung ergibt sich aus der schon erwähnten Tatsache, daß das Kündigungsrecht Funktion des Rechts auf Ehegemeinschaft im Sinn des § 1353, Abs. I ist[251]). Einen vollwertigen Rechtsschutz gegen die Nichtbeachtung seines Kündigungsrechts findet der Mann damit insofern allerdings nicht, als hier die Anwendung des § 888, Abs. II ZPO.

---

251) So auch Staudinger, Bem. 8; Planck, Bem. 7; Opet, Bem. 5 zu § 1358; Wieruszowski, a. a. O. § 5; Crome, a. a. O. S. 237; Gauß, a. a. O. S. 48.

unumgänglich erscheint und mithin eine Vollstreckung des Urteils nicht gegeben ist. Doch geht es andrerseits viel zu weit, wenn Dernburg gerade hier die praktische Bedeutungslosigkeit der Klage besonders klar erkennen will[252]). Sie gibt dem Manne immerhin die Möglichkeit einer nachdrücklichen Einwirkung auf die Frau, der diese, sofern sie nicht zu ihren Ungunsten geschieden sein will, sich nicht verschließen wird.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Bestimmung naturgemäß für die Frage der Frauenberufe. Als Ausflußrecht der ehelichen Lebensgemeinschaft trägt das Kündigungsrecht zwingenden Charakter und ist daher unabdingbar. Das gilt jedoch den oben entwickelten Gedanken entsprechend nur als Grundsatz. Ohne Verstoß gegen die Sittenklausel des § 138, Abs. I sind Vereinbarungen der Gatten über die Form der Ausübung des Rechtes zulässig. Namentlich wird eine Abmachung über zeitweiliges Ruhen des Rechtes angesichts einer besonderen, eine solche Vereinbarung rechtfertigenden Interessenlagerung Gültigkeit beanspruchen dürfen. Das wird insbesondere bei bestimmten Vertragstypen zutreffen, wie bei Engagements der Frau als Bühnenkünstlerin, Konzertsängerin, Filmschauspielerin und in ähnlichen Fällen, wo starke Interessen der Frau, die auch unter dem Gesichtspunkt rechten ehelichen Verhaltens des Mannes berechtigt sind, diese Auslegung verlangen[253]). Eine solche Vereinbarung zeitlich begrenzten Ruhens des Kündigungsrechtes kommt materiell übrigens einer — rechtlich bedenkenfreien — generellen Zustimmung des Mannes zu einer bestimmten Anzahl von Vertragsverhältnissen derselben oder ähnlicher Art gleich, in deren Bereich dann das Kündigungsrecht nach § 1358, Abs. II ausgeschlossen ist.

Vierzehntes Kapitel.

Die Unterhaltspflicht gemäß §§ 1360, 1361 BGB.

Das BGB. setzt eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten fest. — Das römische und ihm folgend das gemeine Recht hatten eine Unterhaltspflicht der Frau gegen den Mann nicht gekannt[254]). Die

252) Lehrbuch, Bd. IV, S. 112.

253) Zum gleichen Ergebnis kommen Breslauer, a. a. O. S. 52 ff.; v. Lilienthal, a. a. O. S. 34 ff.; Planck, Komm. Bem. 12; Staudinger, Komm. Bem. 10 zu § 1358; Wieruszowski, S. 31, Note 31.

254) Vgl. dazu L. 13 C de neg. gest. 2, 19 und Windscheid-Kipp, II. Bd. § 491, 2.

neueren Partikularrechte hatten eine solche in beschränktem Umfang eingeführt (vgl. ALR. II, 1, §§ 174, 185; Sächs. BGB. §§ 1634, 1637). Der französische code civil hat im Art. 212 die Unterhaltspflicht der Gatten als eine gegenseitige anerkannt, indem er in dieser Vorschrift eine wechselseitige Verpflichtung zur Hilfeleistung bestimmt[255]). Das BGB. hat die Rechtsgedanken der Partikularrechte fortgebildet. —

Die Gestaltung dieser Rechtsbeziehungen im BGB. entspricht den allgemeinen gesetzlichen Wertungen über die Rechtsstellung der Geschlechter in der Ehe. Der Mann hat als Haupt der Familie stärkere Pflichten zu tragen als die Frau. Die Unterhaltspflicht des Mannes gegen die Frau gilt nach § 1360, Abs. I grundsätzlich unbedingt. Sie bestimmt sich in ihrem Inhalt und Umfang ausschließlich nach seiner Lebensstellung, seinem Vermögen und seiner Erwerbsfähigkeit. Von der tatsächlichen Bedürftigkeit der Frau ist sie unabhängig[256]). — Die Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem Mann ist dagegen nur subsidiär. Sie entsteht erst dann, wenn der Mann nicht in der Lage ist, sich selbst zu unterhalten. Sie hat der Lebensstellung des Mannes nach Maßgabe des Vermögens und der Erwerbsfähigkeit der Frau zu entsprechen (§ 1360, Abs. II). — Schließlich enthält der Abs. III der Vorschrift eine für Mann und Frau geltende, auf den § 1353, Abs. I verweisende Generalklausel: „Der Unterhalt ist in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren." Damit ist die Wahrung des sittlichen Maßstabs und die Möglichkeit elastischer Berücksichtigung des Einzelfalls nach allgemeinen Grundsätzen gesichert. Nach Maßgabe dieser objektiven Kriterien ist also Wohnung, Verpflegung, Kleidung, Heizung, Beleuchtung u. ä. zu gewähren. Entscheidend für die Beurteilung sind auch hier die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls in ihrer Beziehung zum sittlichen Wesen der Ehe. So wird sich die Unterhaltsgewährung in der Ehe eines Bauern naturgemäß anders gestalten, als in der eines Beamten oder in der eines Fabrikarbeiters.

Wieruszowski hat die auf Grund der Unterhaltspflicht zu bewirkenden Leistungen unter dem Oberbegriff „Naturalleistungen" zusammengefaßt. Diese Begriffsbildung hat den Vorzug der Prägnanz, ist andrerseits jedoch zu eng. Denn natürlich können nach Vereinbarung

255) Vgl. dazu Heinsheimer zu Art. 212 c (in Zivilges. der Gegenw. Bd. I).
256) Diese Konsequenz zieht in richtiger Deutung das RG. aus § 1360; vgl. JW. 1907, S. 23; 1908, S. 554, Nr. 15; Warn. E. 1912, Nr. 169.

der Gatten an Stelle gewisser Naturalleistungen auch entsprechende Geldbeträge gegeben werden; so namentlich bei längerer Abwesenheit des unterhaltspflichtigen Teils, etwa aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen. Auch sonst kann Hingabe von Bargeld in Frage kommen, namentlich dann, wenn der Unterhaltsberechtigte sich die von ihm benötigten Gegenstände selbst anschaffen soll[257]). Insbesondere wird die Hingabe eines bestimmten angemessenen Taschengelds zur freien Verfügung des unterhaltsberechtigten Ehegatten dem Wesen der Ehe entsprechen, damit dieser nicht wegen jeder Kleinigkeit den unterhaltspflichtigen Teil besonders angehen muß. — Im übrigen sind in allen Einzelheiten die Gatten bei ihrer Interessengestaltung innerhalb des zwingenden Rahmens des § 1360 BGB. unbehindert; insbesondere dürfen nach der Lebensanschauung Vereinbarungen über die Art und Weise der Erfüllung der Unterhaltspflicht Gültigkeit beanspruchen.

Ausschließlich auf die Gewährung einer Unterhaltsrente konzentriert sich der Unterhaltsanspruch im Falle des § 1361. Das Wirksamwerden dieser Vorschrift hat zur Voraussetzung, daß einmal die Gatten getrennt leben und daß andrerseits einer der Gatten die Herstellung des ehelichen Lebens mit Grund verweigert. Die letztere Voraussetzung ist demnach gegeben, wenn gemäß § 1353, Abs. II das Herstellungsverlangen eines Gatten sich als Rechtsmißbrauch darstellt oder wenn dem die Herstellung verweigernden Teil ein Scheidungsgrund zur Seite steht. Sie liegt jedoch auch vor, wenn den Gatten durch richterliche Anordnung im Weg der einstweiligen Verfügung auf die Dauer eines zwischen ihnen anhängigen auf Scheidung, Anfechtung oder Nichtigkeit der Ehe gerichteten Rechtsstreits nach § 627 ZPO. interimistisch das Getrenntleben gestattet ist[258]). — Im übrigen bleiben im Fall des § 1361 sowohl das Unterhaltsrecht als die Unterhaltspflicht ihrem Bestande nach unverändert. Die Unterhaltspflicht bleibt bestehen, auch wenn es der unterhaltspflichtige Teil ist, der die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert. — Verweigert dagegen der an sich unterhaltsberechtigte Ehegatte grundlos die eheliche Gemeinschaft, so steht ihm ein Anspruch aus § 1361 nicht zu. Das lehrt das argumentum e contrario aus der Stelle.

257) Ebenso Prot. IV, S. 111 und Staudinger, Bem. 4, d zu § 1360.

258) Für diese Folgerung auch Prot. IV, S. 451; aus der Praxis: OLG. Kiel vom 11. 5. 1900 im „Recht", 1900, S. 515, Nr. 775 und OLG. Oldenburg vom 17. 3. 1911, DJZ. 1911, S. 1564.

Folgerichtig entfällt in diesem Fall der Unterhaltsanspruch überhaupt, solange die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert wird, da der § 1360 das Bestehen der Gemeinschaft voraussetzt [259]).

Eine heftig umstrittene Frage im Zusammenhang der §§ 1360, 1361 ist die nach der prozessualen Geltendmachung der in den beiden Vorschriften normierten Rechte: Hat sie im Eheprozeß mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu erfolgen oder handelt es sich dabei um eine gewöhnliche Leistungsklage? — In der Literatur stehen sich zwei grundsätzliche Anschauungen gegenüber. Die eine will hier die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens überhaupt ausschließen. Die andere will die Klage zwar für alle Fälle des § 1361 schlechthin ausschließen, dagegen für die Fälle des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1360 im Prinzip zulassen, ohne allerdings über den Umfang ihrer Zulässigkeit im Rahmen der genannten Vorschrift übereinzustimmen. Einigkeit besteht zwischen den beiden Lagern mithin lediglich darüber, daß das im § 1361 enthaltene Unterhaltsrecht nicht im Eheprozeß, sondern im Wege der regelmäßigen Leistungsklage geltend zu machen ist.

Zweifellos richtig ist es, daß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens unanwendbar ist zur Geltendmachung des im § 1361 enthaltenen Unterhaltsrechts. Nach den oben angestellten grundsätzlichen Erwägungen über die praktischen Funktionen der Herstellungsklage dient diese dem Schutze der durch die eheliche Lebensgemeinschaft bedingten ehelichen Rechte. Sie ist anwendbar in allen Fällen, wo gegen das Prinzip des § 1353 BGB. oder gegen seine durch speziellen Rechtssatz normierten Ausflußrechte von einem der Ehegatten verstoßen wurde. Dagegen können solche aus der Ehe entspringenden Rechtspflichten, die außerhalb und unabhängig von der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft Geltung haben, nicht mit der Herstellungsklage verfolgt werden, deren Gegenstand integrierende Gemeinschaftspflichten bilden. Niemand würde etwa daran denken, zur Geltendmachung des im § 1578 BGB. normierten Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Gatten die Herstellungsklage zu gewähren. Nach dieser Vorschrift hat der im Scheidungsurteil für allein schuldig erklärte Mann der geschiedenen Frau grundsätzlich den standesmäßigen Unterhalt zu gewähren; die allein für schuldig erklärte Frau ist dem Manne gegenüber insoweit dazu verpflichtet, als

259) So mit Recht RG. vom 14. 11. 1907, bei Warneyer, 1908, Nr. 65; ebenso Planck, Komm. Bem. 18; Staudinger, Komm. Bem. 4 zu § 1361.

dieser außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Hier besteht allerdings die Ehe selbst nicht mehr und es handelt sich nur um eine mittelbare Rechtsfolge der Ehe. Aber auch die Unterhaltspflicht nach § 1361 kann nur mit der gewöhnlichen Leistungsklage geltend gemacht werden. Hier besteht zwar noch die Ehe, aber die Ehegemeinschaft ist mit gesetzlicher Ermächtigung unterbrochen. Wenn hier der unterhaltspflichtige Teil seiner Verpflichtung nachkommt und die ihm obliegende Unterhaltsrente bezahlt, so erfüllt er damit keine zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehörige Pflicht. Er entspricht vielmehr einer zwar direkten, aber selbständigen Rechtsfolge der Ehe, die mit dem Prinzip des § 1353 unmittelbar überhaupt nichts zu tun hat. Ist sonach die Entrichtung der Rente gemäß § 1361 nicht Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft, so kann ihre Verweigerung niemals eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, sondern nur eine regelmäßige Leistungsklage begründen.

Zweifelhaft kann die Frage bei der Unterhaltspflicht während des Bestehens der Gemeinschaft im Sinne des § 1360 sein. Die Ansicht, welche die Herstellungsklage auch hier schlechterdings ausschließen will, ist wohl noch die überwiegende. Vertreter dieser Lehre sind namentlich die Kommentare zur ZPO. von Stein-Jonas und Seuffert (jeweils zu § 606) der Kommentar zum BGB. von Planck (in Vorbemerkung 6 zu § 1353); das Lehrbuch von Endemann [260]), ferner Wetzel [261]) und die Monographie von Scheppler [262]). Diese Schriftsteller weisen namentlich auf den vermögensrechtlichen Gegenstand des Unterhaltsrechts hin. Auch erkläre der § 1345, Abs. I BGB. die Unterhaltspflicht der Gatten ausdrücklich als einen Teil ihres Verhältnisses „in vermögensrechtlicher Beziehung". — Außerdem sei es notwendig, daß auch der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Gatten die Unterhaltsklage erheben könne, was für die Herstellungsklage durch § 612, Abs. II ZPO. ausgeschlossen werde.

Von den Verfechtern der gegnerischen Meinung, die das gewöhnliche Verfahren zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aus § 1360 grundsätzlich für unzulässig erklären will, läßt Gauß [263]) die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens für die Fälle des § 1360

260) Vgl. a. a. O. § 171, Ziff. 1.
261) Vgl. a. a. O. § 4 Ziffer 4.
262) Scheppler: „Die Alimentationspflicht der Ehegatten" (1909), S. 40.
263) Vgl. a. a. O. S. 58, IV.

als ausschließlichen und einzigen Rechtsbehelf gelten. Staudinger[264]) und Joerges[265]) stellen im Bereich des § 1360 darauf ab, ob die Unterhaltsklage im Einzelfall auf Verletzung der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft gestützt sei und wollen bejahendenfalls die Herstellungsklage, verneinendenfalls die regelmäßige Klage gewähren. Wieruszowski läßt für den Anspruch aus § 1360 insoweit ausschließlich den Eheprozeß zu, als die Klage auf die Gewährung von Naturalunterhalt gerichtet sei[266]). Geldleistungen könnten, wie überhaupt, so auch hier nicht mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens begehrt werden. Zurückhaltender drückt sich Wolff aus. Auch er will für die Fälle des Unterhaltsanspruchs nach § 1360 grundsätzlich die Herstellungsklage zulassen, hat aber offenbar Zweifel, ob diese auch anwendbar ist, wenn Geldleistungen in Frage stehen[267]).

Eine vermittelnde Stellung zwischen den beiden Lehrmeinungen nimmt Opet ein, der zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs nach § 1360 wahlweise die Klage im Eheprozeß und die gewöhnliche Leistungsklage zulassen will[268]).

Die Rechtsprechung zeigt ebenfalls kein einheitliches Bild. Für das frühere Recht hat das RG. im Urteil vom 18. 10. 1894[269]) die Alimentenklage der Frau gegen den Mann aus dem Kreis der Ehesachen ausgeschlossen. Eine Entscheidung des RG. vom 9. 11. 1900[270]) erklärt die Unterhaltspflicht der Ehegatten unter Verweisung auf den übereinstimmenden § 1345, Abs. I BGB. als Ausfluß ihres Verhältnisses in vermögensrechtlicher Beziehung. Vermögensrechtlicher Natur sei ein auf eine vermögensrechtliche Leistung gerichteter Anspruch auch dann, wenn er einem nicht vermögensrechtlichen Verhältnis entstamme. Eine Entscheidung des OLG. Braunschweig vom 22. 1. 09 verneint die Zulässigkeit der Herstellungsklage zur Geltendmachung des ehelichen Unterhaltsrechtes schlechthin[271]). Dagegen erklärt die Entscheidung des RG. vom 15. 12. 1919[272]) zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aus § 1360 die Klage auf

264) Komm. Bem. 8 zu § 1360.
265) Vgl. a. a. O. S. 37 und 49 f.
266) Vgl. a. a. O. S. 128.
267) Vgl. a. a. O. § 32, Anm. 10.
268) Vgl. a. a. O. S. 110.
269) RGZ. Bd. 34, S. 370.
270) In DJZ. 1901, S. 98.
271) OLG. Bd. 18, S. 261 ff.
272) RGZ. Bd. 97, S. 289.

Herstellung des ehelichen Lebens grundsätzlich für allein zulässig. Es handelt sich bei dieser Entscheidung um einen Fall, wo die Frau, gestützt auf § 1360 vom Mann im Wege der Herstellungsklage die Zahlung eines monatlichen Taschengeldes verlangte, während dieser nur von Fall zu Fall dem jeweiligen Bedürfnis entsprechend einen kleinen Betrag geben wollte. Das RG. erklärt dieses Verhalten des Mannes für unvereinbar mit den ehelichen Pflichten. Es könne der Frau nicht zugemutet werden, wegen jeder Kleinigkeit ihres täglichen Bedarfes bei dem Manne anzufragen. Vielmehr erfordere es die durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotene Liebe und Achtung, daß der Mann die Frau der Würde ihrer Stellung entsprechend für solche Fälle unabhängig mache. Die Klage aus § 1360 stütze sich hier also auf die Verletzung ehelicher Pflichten; es handle sich daher um einen typischen Fall der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. — Das RG. läßt dabei die Frage offen, ob allgemein für eine dem Unterhalt dienende Geldleistung die Herstellungsklage oder die gewöhnliche Klage der gegebene Rechtsbehelf sei. In diesem Falle jedoch sei es für die Anwendung der Herstellungsklage unerheblich, daß der Gegenstand des Anspruchs eine Geldleistung sei.

Grundsätzlich ist zu der vorliegenden Frage zu sagen, daß es sich auch bei der ehelichen Unterhaltspflicht, wie sie in § 1360 BGB. normiert ist, um eine integrierende Lebensbeziehung der Ehegemeinschaft, um eine durch den Gemeinschaftsgedanken gebotene Leistung handelt. Die Unterhaltspflicht nach § 1360 setzt das Bestehen der Gemeinschaft voraus, sie ist in dieser enthalten, ist Ausfluß und Funktion derselben. Sie ist ein praktischer Anwendungsfall des Prinzips des § 1353, Absatz I BGB. und entspricht der sittlichen Volksanschauung. Der Gatte, der die ihm obliegende Unterhaltspflicht erfüllt, genügt damit nicht einer „gesetzlichen Schuldverbindlichkeit", wie Endemann sich ausdrückt, sondern einer spezifischen Pflicht der ehelichen Lebensgemeinschaft, die er damit zu einem Teil verwirklicht. Auch die Motive heben es noch besonders hervor, daß die Unterhaltspflicht aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft entspringe[273]). — Nach der hier vertretenen Anschauung, daß in allen Fällen des Verstoßes gegen § 1353 BGB. die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens begründet ist, müßte man daher folgerichtig zu dem Ergebnis kommen, daß auch die Verfolgung des Unterhaltsrechts im Sinne des

273) Vgl. Mot. IV, S. 123, 126.

§ 1360 mit der Herstellungsklage im Eheprozeß zu erfolgen hat. Aus dem vermögensrechtlichen Gegenstand des Anspruchs ließen sich gegen eine solche Auffassung gewiß keine rechtstheoretischen Bedenken herleiten. Es ist, wie schon oben ausgeführt, eine petitio principii, wenn behauptet wird, daß mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens keine vermögenswerten Leistungen begehrt werden können. Eine reinliche Scheidung in Vermögensrecht oder Personenrecht ist hier zudem gar nicht möglich, da das eheliche Unterhaltsrecht beide Elemente in sich schließt. Diese Doppelseitigkeit des Rechts bringt das Gesetz selbst zum Ausdruck. Es bezeichnet nämlich nicht nur die Unterhaltspflicht der Ehegatten im § 1345 BGB. als Ausfluß ihres Verhältnisses in vermögensrechtlicher Beziehung, sondern es betont in Art. 199 des EG. zum BGB. noch ausdrücklich das personenrechtliche Element: „Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht, bestimmen sich usw." So erweist sich eine exakte Subsumtion des Unterhaltsrechts unter die eine oder andere Kategorie überhaupt als unmöglich. In diesem Zusammenhang hat jedoch nur die Tatsache Bedeutung, daß die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung gemäß § 1360 in der allgemeinen Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft wurzelt und von dieser bedingt und getragen wird. Daraus würde sich nach den oben entwickelten Grundsätzen ergeben, daß eine Verletzung dieser Unterhaltspflicht den unterhaltsberechtigten Gatten zur Erhebung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens berechtigt. Diese Konsequenz kann jedoch nicht ohne weiteres gezogen werden. Es bleibt zunächst noch die prinzipielle Frage zu prüfen, ob nicht aus irgendwelchen Gründen anzunehmen ist, daß die Ansprüche aus den §§ 1360 und 1361 als rein vermögensrechtliche Klagen ausgestaltet werden sollten, daß diese Vorschriften also zu den §§ 1353 ff. im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis stehen. In diesem Fall wäre die Herstellungsklage zur Geltendmachung des Anspruchs aus § 1360 unanwendbar. Anhaltspunkte für eine solche Auslegung bestehen jedoch nicht. Sie findet einmal in der Entstehungsgeschichte der Bestimmungen keine Stütze. Im Gegenteil betonen die Motive, wie schon gesagt wurde, gerade die unlösliche Verbundenheit der im § 1360 normierten Lebensbeziehungen mit dem Prinzip des § 1353. Dieser Anspruch hätte auch nur gewaltsam aus dem organischen Integrationszusammenhang der Ehegemeinschaft herausgelöst werden können. Damit stimmt überein, daß das Gesetz die Vorschriften im systematischen

Zusammenhang mit den §§ 1353 ff. als „allgemeine Wirkungen der Ehe" aufführt. Der Verfolgung des Anspruchs aus § 1360 im Wege der Herstellungsklage stehen rechtsgrundsätzliche Bedenken nicht entgegen.

Diese Auffassung müßte jedoch aus stichhaltigen praktischen Gründen abgelehnt werden, wenn, wie die herrschende Lehre voraussetzt, auch auf diese Fälle alle in den §§ 606 ff. ZPO. für die Herstellungsklage vorgesehenen Normen angewendet werden müßten. Zunächst würde auch hier die Anwendung des § 615 ZPO. schutzwürdige Lebensinteressen beeinträchtigen. Eine Verbindung der Unterhaltsklage aus § 1360 mit der aus § 1361 muß möglich sein, wenn die Lebensbedürfnisse befriedigt und unbillige Ergebnisse vermieden werden sollen. Die Klage aus § 1361 kann, wie dargelegt, nicht Ehesache sein. Eine sichere Abgrenzung ihrer gesetzlichen Voraussetzungen gegenüber denen des Anspruchs aus § 1360 ist aber oft nicht möglich. Der Anspruch aus § 1361 setzt voraus, daß einer der Gatten die eheliche Gemeinschaft mit Grund verweigert, während § 1360 das Bestehen der Gemeinschaft voraussetzt. Hier sind die Grenzen naturgemäß durchaus fließend. Außerdem können sich gerade hier die Voraussetzungen im Laufe des Rechtsstreits sehr leicht ändern. Auch wenn bei Klagerhebung die Gemeinschaft noch besteht, so können doch während des Prozesses die Voraussetzungen des § 1361 eintreten, weil eine der Parteien die Gemeinschaft mit zureichendem Grund aufhebt. Es müßte also entgegen dem Wortlaut des § 615 ZPO. eine Kombination der Herstellungsklage mit einer gewöhnlichen Klage möglich sein. Deshalb braucht aber die Anwendbarkeit der Herstellungsklage für den Anspruch aus § 1360 nicht schlechthin abgelehnt zu werden. Man wird vielmehr nach den oben dargelegten Auslegungsgrundsätzen der Rechtsprechung unbedenklich gestatten, in diesen Fällen von einer Anwendung des § 615 ZPO. abzusehen. Dadurch lassen sich unbrauchbare Ergebnisse ohne Verletzung eines überwiegenden Rechtssicherheitsinteresses vermeiden.

Auch das Funktionieren des § 612, Abs. II ZPO. müßte bei der auf den Unterhalt bezogenen Herstellungsklage zu unannehmbaren Resultaten führen. Das ist den Vertretern der Lehre, die hier nur die gewöhnliche Klage zulassen wollen, durchaus zuzugeben. In der Tat müßte man zu ihrer Auffassung gelangen, wenn hier nicht eine „Randberichtigung", eine „restriktive Auslegung" des Gesetzes dahin möglich wäre, daß in diesen Fällen von einer Anwendung des § 612,

Abs. II ZPO. abgesehen wird. Den geschäftsunfähigen unterhaltsberechtigten Gatten, dem der unterhaltspflichtige Teil die Alimentation verweigert, will natürlich das Gesetz nicht der Not und dem Elend preisgeben. Deshalb ist es aber nicht notwendig, die Anwendbarkeit der Herstellungsklage zur Verfolgung des Anspruchs aus § 1360 überhaupt zu verneinen. Das würde den grundsätzlichen Wertungen des Gesetzgebers über Bedeutung und Rechtsschutzfunktionen dieses Rechtsbehelfs nicht entsprechen. Gerade die legislative Interessenbewertung rechtfertigt hier die vorgenommene Randberichtigung[274]). Diese freie Gesetzesauslegung gegenüber den §§ 615 und 612, Abs. II ZPO. steht auch mit dem modernen Rechtsempfinden und der gesunden Volksanschauung im Einklang. Sie wird dadurch sogar unmittelbar gefordert.

Was schließlich den § 888, Abs. II ZPO. betrifft, so würde seine Anwendung auf die auf den Unterhalt bezogene Herstellungsklage gerade die wichtigsten einschlägigen Lebensbedürfnisse unbefriedigt lassen. Stärkste schutzwürdige Interessen verlangen hier die Vollstreckbarkeit des Urteils. Mit einem bloßen moralischen Druck oder mit der Aussicht auf die siegreiche Durchführung eines späteren Scheidungsprozesses ist hier dem obsiegenden Gatten nicht gedient. Hier verliert die dem § 888, Abs. II ZPO. zugrunde liegende Interessenbewertung ihren Sinn. Bei der Unterhaltsleistung wird sich das sittliche Empfinden, die gesunde Lebensanschauung keines vernünftigen modernen Menschen gegen den Gedanken einer Zwangsvollvollstreckung des Urteils sträuben. Im Gegenteil: Es ist gerade ein Postulat der gesunden sittlichen Lebensanschauung, daß die Erfüllung der Unterhaltspflicht notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung gewährleistet werden kann. Die Vorschrift des § 888, Abs. II ZPO. aber will natürlich die Vollstreckbarkeit des Herstellungsurteils nur insoweit ausschließen, als die Zwangsvollstreckung mit der modernen Bewertung der persönlichen Freiheit unvereinbar wäre. Wo aber, wie hier, die Vollstreckbarkeit durch die sittliche Volksanschauung nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar unmittelbar gefordert wird, da ist

274) Bemerkenswerterweise tragen die Materialien zum BGB., die das Unterhaltsrecht des § 1360 als Ausfluß des allgemeinen Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft bezeichnen, kein Bedenken, dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen unterhaltsberechtigten Gatten die Erhebung der Unterhaltsklage aus § 1360 zu gestatten. (Mot. IV, S. 110; Prot. IV, S. 111 ff.) Auch hier kommt also die praktische Notwendigkeit einer solchen Lösung zum Ausdruck.

es gerade zum Zweck der Gesetzeserfüllung notwendig, die Vorschrift des § 888, Abs. II ZPO. nicht anzuwenden[275]).

Nun ist es, wie erwähnt, einigen Schriftstellern noch zweifelhaft erschienen, ob mit der Herstellungsklage auch Geldleistungen verlangt werden können, welche durch das Wesen der Ehe, durch die sittliche Lebensanschauung von dem Verhältnis der Gatten zueinander geboten sind. Diese Frage wird den bisher vertretenen Grundsätzen entsprechend unbedenklich zu bejahen sein. Es ist nicht einzusehen, warum das, was für vermögenswerte Leistungen im allgemeinen gilt, gerade für Geldleistungen nicht gelten sollte. Die Nichterfüllung einer durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Geldleistungspflicht begründet ebenso die Anwendbarkeit der Herstellungsklage, wie die Verletzung jeder anderen ehelichen Gemeinschaftspflicht mit oder ohne vermögensrechtlichen Gegenstand. Allerdings muß in allen Fällen, wo Geldleistungen mit der Herstellungsklage begehrt werden, von einer Anwendung des § 888, Abs. II ZPO. abgesehen werden. Geldleistungen sind durchweg vollstreckbar; es ist nicht einzusehen, warum sie gerade dann der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen sollen, wenn sie durch das Verhältnis der Gatten zueinander bedingt sind. Der Umfang, in welchem Geldleistungen im Eheprozeß begehrt werden können, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 1357 und 1360, da in diesen Normen Geldleistungspflichten als Rechtspflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft enthalten sind. Im Rahmen des § 1360 muß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in allen den Fällen zum Zug kommen, wo durch die sittliche Lebensanschauung (§ 1360, Abs. III verglichen mit § 1353, Abs. I) Geldleistung an sich

275) Ebenso interessant als lehrreich ist hier wieder ein Vergleich mit dem schweizerischen Recht. Die materielle Ausgestaltung des Unterhaltsrechts der Ehegatten bei Bestehen der Gemeinschaft im schweizerischen ZGB. entspricht durchaus der vom § 1360 BGB. getroffenen Regelung. Dem Manne liegt eine primäre, der Frau eine subsidiäre Unterhaltspflicht ob, die erst entsteht, wenn der Mann außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (Art. 160, Abs. II und 161, Abs. II; vgl. dazu Egger, Komm. S. 143 und 147). Aus dem familienrechtlichen Charakter des ehelichen Unterhaltsanspruchs folgert die schweizerische Rechtslehre, daß derselbe nicht mit der gewöhnlichen Klage, sondern mit dem Rechtsbehelf zum Schutz der Ehegemeinschaft, durch Anrufung des Richters im Sinn der Art. 169 ff. ZGB. geltend gemacht werden muß. Ist die Unterhaltspflicht nach Grund und Höhe gerichtlich festgestellt, so ist dann nach Art. 176, Abs. II ZGB. die Zwangsvollstreckung ohne Beschränkung zulässig. (Vgl. Egger, Bem. 5 e zu Art. 160; 2 c zu Art. 169 und Bem. 2 zu Art. 176 ZGB.)

(wie beim Taschengeld) oder aus besonderen Gründen an Stelle von Naturalleistung geboten ist. Ebenso werden im Bereich des § 1357, Abs. I alle sich zwischen den Gatten im Innenverhältnis ergebenden Ansprüche aus dem gesetzlichen Auftragsverhältnis, auch soweit sie sich auf Geldleistungen richten, mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens geltend zu machen sein. Das wird also namentlich der Fall sein beim Anspruch der Frau auf Vorschuß (Haushaltungsgeld) entsprechend der Vorschrift des § 669 BGB. und auf Ersatz ihrer Aufwendungen (entsprechend § 670); andrerseits ebenso beim Anspruch des Mannes auf Herausgabe dessen, was die Frau aus der Geschäftsführung erlangt hat (vgl. § 667 BGB)[276]).

In diesem Zusammenhang ist noch auf eine gerade hier praktisch außerordentlich wichtige Frage einzugehen. Es handelt sich um die Frage der Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen in Ehesachen. Auf die Vorschriften des § 627 ZPO., die im Wege der einstweiligen Verfügung eine interimistische Regelung des ehelichen Verhältnisses ermöglichen, wurde bereits oben eingegangen. Die Voraussetzungen einer solchen einstweiligen Verfügung, sowie den materiellen Umfang, in welchem dadurch die widerstreitenden Interessen der Ehegatten, auch soweit es sich dabei um die gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder handelt, vorläufig geordnet werden können, bestimmt der Abs. I der genannten Vorschrift: „Hat der Rechtsstreit die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zum Gegenstande, so kann das Gericht auf Antrag eines der Ehegatten durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Rechtsstreits das Getrenntleben der Ehegatten gestatten, die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten nach Maßgabe des § 1361 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ordnen, wegen der Sorge für die gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder, soweit es sich nicht um die gesetzliche Vertretung handelt, Anordnungen treffen und die Unterhaltspflicht der Ehegatten den Kindern gegenüber im Verhältnis der Ehegatten zueinander regeln." In diesem Rahmen läßt also das Gesetz selbst ausdrücklich einstweilige Verfügungen in Ehesachen zu. Die Anwendbarkeit des § 627 ZPO. beschränkt sich jedoch, wie sich aus der Vorschrift ergibt, lediglich auf Ehescheidungs-, Eheanfechtungs- und Ehenichtigkeitsprozesse, während hier in erster Linie die Frage von Bedeutung ist, ob auch während des Schwebens

276) Wie hier auch Staudinger, Bem. 8 zu § 1360; anderer Meinung Planck, Bem. 16 zu § 1357; Hörle, a. a. O. S. 172; Gauß, a. a. O. S. 48, Anm. 86.

einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens einstweilige Verfügungen des Gerichts zur vorläufigen Ordnung des ehelichen Verhältnisses und der einschlägigen Lebensinteressen der Gatten während der Dauer des Rechtsstreits möglich sind. Nach der klaren Bestimmung des Gesetzes im § 627 ZPO. muß mit der herrschenden Lehre angenommen werden, daß diese Vorschrift auf Herstellungsklagen unanwendbar ist[277]). Muß daraus nun aber der Schluß gezogen werden, daß während des Schwebens einer Herstellunlsklage überhaupt keine einstweiligen Verfügungen erlassen werden können? Oder ist der Schluß gestattet, daß in diesen Fällen einstweilige Verfügungen nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften der §§ 935 ff. ZPO. zulässig sind?

Zweifellos verlangen ausgedehnte praktische Lebensbedürfnisse eine Auslegung des Gesetzes dahin, daß auch bei Gegenständen der Herstellungsklage einstweilige Verfügungen als zulässig betrachtet werden. Dieses Bedürfnis wird am häufigsten gerade bei der Unterhaltsgewährung hervortreten, da hier der unterhaltsberechtigte Gatte ein unmittelbar lebenswichtiges Interesse daran hat, daß sein Unterhalt während der Dauer des Prozesses gesichert ist. Praktisch sind hier verschiedene Fälle denkbar, in denen durchweg das schutzwürdige lebenswichtige Interesse des unterhaltsberechtigten Gatten an der Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen gleich groß ist. Man kann daran denken, daß der unterhaltspflichtige Teil bei Bestehen der Gemeinschaft dem unterhaltsberechtigten Gatten den Unterhalt verweigert. In diesem Falle kann der unterhaltsberechtigte Gatte natürlich nicht darauf warten, bis der andere Teil zur Unterhaltsgewährung verurteilt ist, sondern er muß unter Umständen, um nicht in Not zu geraten, in seinem Lebensunterhalt im Wege der einstweiligen Verfügung sichergestellt werden können. Ebenso kann es vorkommen, daß der unterhaltsberechtigte Gatte, der die eheliche Gemeinschaft verweigert, Scheidungsklage aber nicht erhebt oder nicht erheben kann, vom unterhaltspflichtigen Gatten auf Herstellung der Gemeinschaft verklagt wird und nun seinerseits ein starkes Interesse daran hat, daß sein Unterhalt durch einstweilige Verfügung des Gerichts interimistisch geordnet wird. Auch in solchen Fällen ist es also geboten, die allgemeinen Bestimmungen über einstweilige Ver-

277) Vgl. aus der Literatur namentlich Stein-Jonas, Bem. 1 zu § 627 ZPO. und Staudinger, Bem. 4 zu § 1353 BGB.

fügungen auch auf Herstellungsklagen anzuwenden. Dasselbe Bedürfnis nach der Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen kann natürlich bei allen bei der Schlüsselgewalt der Frau aus dem gesetzlichen Auftragsverhältnis im Innenverhältnis der Gatten sich ergebenden Ansprüchen in Erscheinung treten. So hat die Frau, welcher der Mann bei Bestehen der Gemeinschaft das Haushaltungsgeld verweigert, naturgemäß ein dringendes Interesse im Hinblick auf die Weiterführung des Haushalts und die Wahrung ihres Rechts auf Haushaltsleitung (§ 1356 Abs. I BGB.) nicht nur daran, daß der Mann zur Zahlung des Wirtschaftsgeldes verurteilt wird, sondern auch daran, daß ihm die Erfüllung dieser Pflicht schon vorher im Wege der einstweiligen Verfügung aufgegeben werden kann. Auch bei Namensverletzungen kann ein Bedürfnis nach der Anwendbarkeit von einstweiligen Verfügungen bestehen. Man denke gerade wieder an den oben besprochenen Fall, daß der Mann das Recht der Frau auf Führung seines Familiennamens (§ 1355 BGB.) dadurch beeinträchtigt, daß er einer anderen Frau gestattet, den Namen seiner Ehefrau zu benützen oder sie selbst unter dem Namen seiner Frau in der Öffentlichkeit auftreten läßt. In solchen Fällen müßte die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen schon aus dem Grund bejaht werden, weil die Frau hier ja auch die Namensklage gemäß § 12 BGB. erheben kann und dabei niemand auf den Gedanken kommen würde, die Anwendbarkeit der allgemeinen Normen über die einstweiligen Verfügungen zu verneinen. Aber auch im entgegengesetzten Fall kann ein Bedürfnis nach der Zulässigkeit einer vorläufigen gerichtlichen Regelung bestehen, nämlich dann, wenn der Mann, wie oben ausgeführt, ein schutzwürdiges Interesse daran hat, daß die Frau bei der Ausübung ihres Berufs nicht seinen Familiennamen, sondern ihren Mädchennamen oder ein Pseudonym benützt. In diesen Fällen, wenn der Mann durch die Führung seines Namens seitens der Frau in lebenswichtigen Belangen geschädigt würde, ist ihm zweifellos gemäß § 1353 BGB. die Herstellungsklage gegen die Frau zu gewähren. Diese verstößt gegen das sittliche Wesen der Ehe, wenn sie die Führung eines Pseudonyms trotz der zu erwartenden oder bereits eingetretenen Schädigung des Mannes verweigert. Dem Manne muß es in diesen Fällen jedoch auch möglich sein, eine einstweilige Verfügung gegen die Frau zu erwirken, welche der Frau bei der fraglichen Tätigkeit die Führung seines Familiennamens untersagt. Wenn zum Beispiel ein Staatsbeamter erfährt, daß seine Frau unter seinem Namen revo-

lutionäre Propagandavorträge halten oder ein umstürzlerisches Buch veröffentlichen will, so braucht er unter Umständen einen möglichst rasch wirksamen Schutz seiner Interessen, noch ehe er ein obsiegendes Urteil erstritten hat. Diesen wirksamen vorläufigen Schutz jedoch vermag das Gericht im Wege der einstweiligen Verfügung zu gewähren.

Die angeführten Beispiele mögen genügen, um die praktische Notwendigkeit der Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen auch bei Herstellungsklagen darzutun. Im Hinblick auf diese schutzwürdigen Lebensinteressen muß das Gesetz auch in diesem Sinne ausgelegt werden. Maßgebend für die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen bei Herstellungsklagen sind die §§ 935 ff. ZPO. Rechtsgrundsätzliche Bedenken stehen einer solchen Auslegung nicht im Wege. Sie ist daher in der Literatur herrschend [278]). Sie wird auch von der Rechtsprechung anerkannt. Nach dieser Auffassung können, wenn die Voraussetzungen des § 940 ZPO. vorliegen, d. h. wenn es zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint, nicht nur in den Fällen, die der § 627 ZPO. nennt, sondern auch in anderen Ehesachen, namentlich also bei Herstellungsklagen, einstweilige Verfügungen nach §§ 935 ff. ZPO. erlassen werden. Erwähnt sei hier das Urteil des RG. vom 30. Januar 1905 [279]). Dort hatte die Revision die Zulässigkeit der erlassenen einstweiligen Verfügung beanstandet, weil keine der im § 627 ZPO. genannten Klagen erhoben sei und weil der Ehemann bereit sei, der Ehefrau in seinem Hause Unterhalt zu gewähren. Die Revision meinte, nur der die Scheidung der Ehe begehrende Ehegatte, dem das Getrenntleben gerichtsseitig gemäß der Vorschrift des § 627 ZPO. gestattet worden sei, könne eine Unterhaltsrente im Sinne des § 1361 BGB. als Folge der bezeichneten Gestaltung durch einstweilige Verfügung erhalten, nicht aber eine Ehefrau, die ohne Scheidungsgrund ihren Ehemann verlassen habe. Gegenüber diesen fehlgehenden Revisionsangriffen weist das RG. zunächst auf die Vorschrift des § 940 ZPO. hin, wonach ganz allgemein einstweilige Verfügungen in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig sind, sofern die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Im vorliegenden Fall sei durch die Klage die Frage unter den Parteien streitig geworden, ob die

278) Vgl. Stein-Jonas, Bem. 1 und 2 zu § 627 ZPO.; Staudinger, Bem. 4 zu § 1353 BGB.

279) Abgedruckt bei Gruchot, 1905, S. 1074 ff. und in JW. 1905, Nr. 27, S. 179.

getrennt von ihrem Ehemann lebende Frau zu dieser Weigerung berechtigt sei und deshalb auf Grund des § 1361 BGB. eine Unterhaltsrente von dem Manne fordern könne. Das Berufungsgericht habe festgestellt, daß das Verlangen das Mannes nach Herstellung der Gemeinschaft sich als Mißbrauch seines Rechtes im Sinn des § 1353, Abs. II, Satz 1 darstelle. Die Forderung nach Entrichtung einer Unterhaltsrente aber sei, wie § 1353, Abs. II ergebe, nicht nur dann begründet, wenn dem Unterhalt fordernden Gatten ein Scheidungsgrund zur Seite stehe, sondern auch dann, wenn das Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft sich als Mißbrauch seines Rechtes darstelle. Die Vorschrift des § 940 ZPO. beziehe sich auf alle Rechtsverhältnisse, hinsichtlich welcher der Rechtsweg zulässig sei, mithin auch auf die Regelung der Unterhaltspflicht gemäß § 1361 BGB. Insbesondere aber seien in Ehesachen einstweilige Verfügungen auch außerhalb der im § 627 ZPO. erwähnten Fälle zulässig. — Dieser Gesetzesauslegung, an welcher auch die Entscheidung des RG. vom 18. September 1905 (JW. 1905, S. 645) festgehalten hat, ist durchaus zuzustimmen, da nur dadurch die oben gekennzeichneten schutzwürdigen Lebensinteressen befriedigt werden können. Sie findet sich übrigens schon in dem Urteil des OLG. Kiel vom 18. April 1901 (OLGE. Bd. 3, S. 14).

Fünfter Abschnitt.

Der Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft gegen Dritte.

Fünfzehntes Kapitel.

Die Ehegemeinschaft bedarf des Schutzes nicht nur gegenüber pflichtwidrigem Verhalten der Gatten selbst, sondern auch gegen schädigende Eingriffe Dritter in die ehelichen Beziehungen. Daß im Interesse der Allgemeinheit wie der Ehegatten selbst ein starkes praktisches Bedürfnis nach einem Rechtsschutz der Ehe auch gegenüber Außenstehenden vorhanden ist, bedarf im Hinblick auf die oben gekennzeichnete Bedeutung der Ehe keiner Worte. Es fragt sich, ob und in welchem Umfang das geltende Recht die Möglichkeit zu einem solchen Rechtsschutz der Ehe gegen Dritte bietet.

Das gemeine Recht hatte, wie schon früher gesagt wurde, dem Manne gegen jeden Dritten, der ihm die Frau mit oder ohne ihren

Willen vorenthielt, mit dem interdictum de uxore exhibenda et ducenda (D 43, 30, 2) einen Anspruch auf Herausgabe der Frau gewährt[280]). — Einen entsprechenden Rechtsbehelf, der nach moderner Rechtsanschauung übrigens grundsätzlich beiden Gatten zustehen müßte, hat das BGB. nicht geschaffen. Dagegen hat sich der Gedanke des gemeinrechtlichen interdictum de liberis exhibendis ac ducendis[281]) im geltenden Recht erhalten. Einen aus der elterlichen Gewalt fließenden Anspruch auf Herausgabe eines Kindes hat das BGB. im § 1632 ausgebildet. Er steht dem Elternteil zu, der die Sorge für die Person des Kindes hat und wirkt gegen jeden Dritten, der es dem Fürsorgeberechtigten widerrechtlich vorenthält. Ein entsprechendes Recht hat der Vormund hinsichtlich des Mündels (§ 1800 BGB.). Doch erlischt dieses Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, soweit es sich um eine minderjährige Tochter handelt, mit deren Verheiratung. Nach § 1633 BGB. beschränkt sich im Fall der Verheiratung einer unter elterlicher Gewalt stehenden Tochter die Sorge für deren Person lediglich auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten. Das Gesetz hat zwar den Grundsatz „Heirat macht mündig" abgelehnt, hält jedoch im Interesse eines gesunden Ehelebens die elterliche Gewalt über die minderjährige Ehefrau nur in dem durch § 1633 BGB. bestimmten beschränkten Umfang aufrecht. Mit den anderen, an sich in der Sorge für die Person der Tochter enthaltenen Rechten (§§ 1630—1632) erlischt nach dieser Vorschrift mit der Verheiratung auch der Herausgabeanspruch des § 1632. Entsprechendes gilt für den Vormund im Falle der Verheiratung des minderjährigen weiblichen Mündels (§ 1800 BGB. verglichen mit § 1633). Einen Rechtsschutz des Ehemanns gegen Eingriffe des Inhabers der elterlichen Gewalt oder des Vormunds brauchte das Gesetz also nicht zu enthalten, da diese keine rechtliche Möglichkeit haben, die Frau zurückzufordern. Dagegen fragt es sich, wie das Gesetz den Bestand der Ehegemeinschaft und der in ihr enthaltenen Rechte gegen widerrechtliche Eingriffe und Störungen Dritter schützt. Da das Gesetz jedem Gatten das Recht auf volle eheliche Lebensgemeinschaft gibt, so muß dieser Rechtsschutz gegen Eingriffe Außenstehender grundsätzlich beiden Ehegatten gleichmäßig zugute kommen.

280) Windscheid-Kipp, Pand. 3. Bd., § 490, Note 15; Dernburg, Pand. 3. Bd., § 6, N. 8.

281) Siehe Dernburg, Pand. 3, § 36, Note 8.

Ein solcher Schutz der ehelichen Gemeinschaft gegen Dritte läßt sich aus einem rechtlichen Gesichtspunkt mit Sicherheit gewinnen, nämlich aus der absoluten Rechtsnatur des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft. Jeder Ehegatte hat ein absolutes Recht auf volle eheliche Lebensgemeinschaft, das nicht nur vom anderen Gatten, sondern auch von jedem Dritten zu achten ist[282]). Dieser Leitsatz ergibt sich aus der Rechtsordnung überhaupt. Die aus der Ehe fließenden Rechte wirken objektiv und unabhängig von einer Verpflichtung gegen den anderen Ehegatten und erzeugen aus sich selbst heraus für jeden Dritten die Verpflichtung, sie zu achten. Verletzt demnach ein Dritter die ihm durch den absoluten Rechtscharakter des ehelichen Verhältnisses auferlegte Verpflichtung, „das eheliche Verhältnis als ein unantastbares Gut zu achten und zu ehren und sich aller Störungen . . . zu enthalten“[283]), so folgt daraus nach allgemeinen Grundsätzen, daß er zum Ersatze des dabei von ihm schuldhaft verursachten Schadens verpflichtet ist. Jedes aus der ehelichen Lebensgemeinschaft fließende Recht genießt als absolutes Recht den Schutz des § 823, Abs. I BGB. Ein solcher Schadensersatzanspruch kann insbesondere dann praktisch werden, wenn ein Ehegatte wider seinen Willen der Ehegemeinschaft von Dritten widerrechtlich entzogen wird, namentlich also etwa dann, wenn die Frau von ihren Eltern daran verhindert wird, zu ihrem Mann zu gehen[284]). In diesem Fall könnte nach den ausgeführten Grundsätzen der Mann von den Eltern der Frau gemäß § 823, Abs. I BGB. Schadensersatz verlangen. Sein Anspruch würde sich dabei auf die nach § 249 BGB. in erster Linie geschuldete Naturalherstellung, also auf die Herausgabe der Frau richten. Auf diese Weise entsteht in solchen Fällen aus den Haftungsvorschriften des Gesetzes wegen Verletzung absoluter Rechte der Wirkung nach eine Art „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegen Dritte“, die das absolute Recht jedes Gatten auf eheliche Lebensgemeinschaft im Außenverhältnis schützt und als regelmäßige, auf Schadensersatz gerichtete Leistungsklage vollstreckbar ist. Insoweit ist also, wie Wolff richtig bemerkt[285]), das gemeinrechtliche, gegen Dritte

282) Ebenso Gierke, Genossenschaftsrecht, I. Bd. S. 261; Staudinger, Bem. 9 a zu § 1353; Wolff, § 31, II; Endemann, a. a. O. § 147, S. 9 und 10; aus der Rechtsprechung namentlich RGZ. Bd. 71, S. 86 ff.

283) So RGZ. Bd. 71, S. 88.

284) Ebenso RGZ. Bd. 72, S. 130; Wolff, § 31, II; Staudinger, Bem. 9 zu § 1353.

285) Vgl. a. a. O. § 31, Note 8.

wirkende interdictum de uxore exhibenda et ducenda für das geltende Recht ersetzt, das sogar eine erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit bietet, insofern der Herstellungsanspruch gegen Dritte gemäß § 823, Abs. I, 249 BGB. gegebenenfalls der Frau genau so zusteht, wie dem Manne.

Endemann will außerdem für den Ehemann allein unter bestimmten Voraussetzungen einen beschränkten Rechtsschutz gegen Störungen seitens Dritter schaffen. Er läßt nämlich, wenn die Ehefrau minderjährig ist, den dem Inhaber der elterlichen Gewalt zustehenden, mit der Verheiratung der Frau endigenden Herausgabeanspruch des § 1632 BGB. auf den Ehemann übergehen, welchem er bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Frau zustehen soll. Das Gesetz habe den Übergang dieses Anspruchs auf den Mann nicht besonders auszusprechen brauchen, da sich das aus dem Sinn der Vorschriften von selbst ergebe[286]). — Stellt man gegenüber dieser Auslegung Endemanns die Interessenfrage, so wird man zugeben müssen, daß sie unter Umständen zu sachgemäßen Ergebnissen führt. Gerade die Ehe mit einer minderjährigen, meist wohl noch wenig lebenserfahrenen Frau erscheint in besonderem Maße schutzbedürftig. Es muß hier daher jede gesetzliche Handhabe ergriffen werden, die einen verstärkten Schutz solcher Ehen gegenüber Dritten gestattet. Gerade hier kann es nämlich Fälle geben, wo es zweifelhaft erscheinen mag, ob die durch die Anwendbarkeit des § 823, Abs. I gebotene Rechtsschutzmöglichkeit zur Wahrung schutzwürdiger Belange ausreicht. Wenn beispielsweise ein gewissenloser Arzt die minderjährige Ehefrau durch Suggestion in seinen Bann zieht und sie ihrem Mann entführt, soll dann wirklich weder dem Inhaber der elterlichen Gewalt, noch dem Ehemann ein Rückgabeanspruch gegen den Entführer zustehen? Ob in solchen Fällen eine Anwendbarkeit des § 823, Abs. I in Frage kommt, hängt ganz vom einzelnen Falle ab. Es ist keineswegs so, daß diese Norm dem Mann in allen solchen Fällen zur Seite stehen würde. Gerade hier kann es sehr subtile, schwierig gelagerte Grenzfälle geben, die das Vorliegen der Voraussetzungen des § 823, Abs. I mindestens in Frage stellen können. Das Ergebnis der Interessenprüfung ist also, daß auf der einen Seite ein besonders starkes Bedürfnis nach rechtlichem Schutz besteht, daß andererseits aber die Anwendung des § 823, Abs. I nicht in allen Fällen ausreicht. Bei dieser Sach- und Rechts-

286) Vgl. Lehrbuch, § 147, Anm. 27.

lage muß anerkannt werden, daß die Auslegung Endemanns zu praktisch brauchbaren Resultaten führt. Sie vermag schutzwürdige Interessen des Mannes zu befriedigen, entspricht zugleich dem wohlverstandenen Interesse der minderjährigen Ehefrau selbst und vermag dazuhin das von der Rechtsordnung anerkannte Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Ehe zu wahren. Allerdings hat diese Ansicht in der Literatur Widerspruch erfahren. Staudinger hat eingewendet, diese Auslegung setze eine eheherrliche Mundialgewalt des Mannes voraus, die das Gesetz auch für die minderjährige Ehefrau nicht kenne. Beim Fehlen eines solchen Muntrechts könne nicht einseitig dem Mann ein Anspruch auf Herausgabe der Frau gewährt werden, der nicht gleichzeitig auch der Frau zustehe[287]). Dieser Einwand verfängt aber angesichts der geschilderten schutzwürdigen Belange nicht. Er ist, soweit er auf das Kriterium der „Mundialgewalt" abstellt, ein Schulbeispiel der Schlagwortverwertung. Nicht um die Wiedereinführung des alten ehemännlichen Muntrechts handelt es sich bei der Auslegung Endemanns, sondern um die Wahrung anerkannter schutzwürdiger Lebensinteressen, deren Sicherstellung sich auf andere Weise nicht ausreichend gewährleisten ließe. Der Schutz dieser individuellen und allgemeinen Lebensinteressen darf dem Schreckgespenst der Mundialgewalt nicht geopfert werden.

Eine besondere Schutznorm finden die speziellen durch den § 1356 BGB. begründeten Rechte des Mannes auf Dienstleistungen der Frau in seinem Hauswesen oder Gewerbe in der Vorschrift des § 845 BGB.: Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige dem Manne für die ihm durch einen solchen schädigenden Einbruch entgehenden Dienste der Frau durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Ein solcher Schaden wird dem Mann insbesondere dann entstehen, wenn er infolge des Ausfalls der Frau genötigt ist, eine Hilfskraft in seinem Hauswesen oder Gewerbe anzustellen.

Die bisher entwickelten Grundsätze müssen auch auf die Unterlassungsklage Anwendung finden. Da es sich um den Schutz absoluter Rechte handelt, so kann bei Eingriffen Dritter unter Umständen auch die Unterlassungsklage zum Zuge kommen. Das folgt aus den anerkannten Grundsätzen der herrschenden Praxis und Rechtslehre. Nach

---

287) Vgl. Staudinger, Komm. Bem. 9 a zu § 1353.

ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung berechtigt jeder auch nur objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut zur Klage auf Unterlassung, wenn Wiederholungsgefahr besteht[288]). Die Rechtsprechung hat also den Unterlassungsanspruch über den Kreis der absoluten Rechte hinaus ausgedehnt auf den Schutz auch andersartiger Rechtsgüter. Da es sich bei dem Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft, wie dargelegt, um ein absolutes Recht handelt, so steht nach diesen Grundsätzen der Praxis die Anwendbarkeit der Unterlassungsklage bei auch nur objektiv widerrechtlichen Eingriffen Dritter außer Zweifel, sofern Wiederholungsgefahr besteht. Schreibt also beispielsweise ein Dritter der Ehefrau Liebesbriefe, so kann nicht nur die Frau, sondern auch der Mann gegen ihn auf Unterlassung klagen. Ein entsprechender Unterlassungsanspruch steht der Frau zu, wenn eine dritte Person Liebesbriefe an ihren Mann schreibt. Das muß gelten, auch wenn der Beklagte überhaupt nicht weiß, daß der Adressat der Briefe verheiratet ist. Ebenso könnte etwa der Mann gegen seine Schwiegereltern auf Unterlassung klagen, wenn diese seine Frau durch Versprechungen oder Drohungen, zum Beispiel mit Enterbung, dahin bearbeiten, die Ehegemeinschaft mit ihm ganz oder teilweise aufzugeben. Aber auch in anders gelagerten Fällen kann die Unterlassungs- bzw. Schadensersatzklage wegen Verletzung des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft zum Zug kommen. Man denke an den oben erwähnten Fall, daß die Frau eines Staatsbeamten die beruflichen und sozialen Interessen ihres Mannes dadurch aufs Spiel setzt, daß sie unter seinem Namen, ohne ein Pseudonym zu wählen, eine staatsfeindliche Abhandlung im Druck erscheinen lassen will, oder an ähnliche Fälle, wo die Frau lebenswesentliche Belange des Mannes durch Publikationen gefährdet, die unter seinem Namen erscheinen sollen. In diesen Fällen wird man dem Mann zur Wahrung seines Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft nicht nur im Innenverhältnis die Herstellungsklage gegen die Frau, sondern auch im Außenverhältnis die Unterlassungsklage gegen den Verleger gewähren, der die betreffende Arbeit in seinem Verlag erscheinen lassen will. Die Anwendbarkeit der Unterlassungsklage ist nach den ausgeführten Grundsätzen von einem Verschulden des Verlegers unabhängig. Hat derselbe jedoch das fragliche

288) Vgl. zu dieser Praxis namentlich RGZ. Bd. 60, S. 6; Bd. 61, S. 366; Bd. 95, S. 339; Bd. 109, S. 276; Bd. 116, S. 153.

Werk der Frau unter dem Familiennamen des Mannes bereits verlegt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, so wird man gegebenenfalls bei schuldhaftem Handeln des Verlegers dem Mann gegen diesen auch Schadensersatzansprüche gewähren.

Der durch die Schadensersatzklage gemäß § 823, Abs. I BGB. und durch die Anwendbarkeit der Unterlassungsklage gewährleistete Rechtsschutz der ehelichen Lebensgemeinschaft gegen Dritte findet jedoch eine unverrückbare Schranke: Er ist ausgeschlossen, wenn seine Anwendung der sittlichen Lebensanschauung widerspräche. Dieser Leitsatz ist ein ungeschriebenes Gebot der Rechtsordnung. Die sittliche Volksüberzeugung bestimmt nicht nur das Rechtsschutzbedürfnis für die Anwendbarkeit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im Innenverhältnis der Gatten, sondern auch die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen zum Schutz der Ehegemeinschaft gegen Dritte. Eine andere Auffassung würde den grundsätzlichen gesetzlichen Wertungen zuwiderlaufen und praktisch zu unannehmbaren Ergebnissen führen. Nach diesem Grundsatz ist namentlich die Frage zu entscheiden, ob im Falle des Ehebruchs der verletzte Gatte gegen den Teilnehmer des ehebrecherischen Gatten eine Klage auf Unterlassung weiteren ehebrecherischen Verkehrs erheben kann. Die Zulassung einer Unterlassungsklage in solchen Fällen würde der gesunden sittlichen Lebensanschauung zweifellos widerstreiten. Aus diesem Grunde ist das Rechtsschutzinteresse für eine solche Klage zu verneinen[289]). — Das Reichsgericht ist zu demselben Ergebnis gekommen, jedoch mit einer anderen Begründung[290]). Die Unterlassungsklage war nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des früheren VI. Zivilsenats des Reichsgerichts wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses dann ausgeschlossen, wenn Handlungen in Frage standen, die schon durch ein Strafgesetz verboten waren, weil in diesen Fällen der Verletzte seine Interessen durch Strafanzeige oder durch Privatklage wahren könne[291]). Da der Ehebruch als Vergehen wider die Sittlichkeit vom § 172 des Strafgesetzbuchs mit Strafe bedroht ist, wurde in der genannten Entscheidung das privatrechtliche Rechtsschutzbedürfnis für eine Unter-

289) Vgl. hiezu auch Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, I. Bd., S. 271, 9; Wolff, a. a. O. § 31, Anm. 41. Gegen die Zulassung der Unterlassungsklage auch Staudinger, Bem. 9 zu § 1353.

290) Urteil vom 22. 4. 1909, RGZ. Bd. 77, S. 217.

291) Vgl. dazu RGZ. Bd. 77, S. 217; Bd. 82, S. 59; Bd. 91, S. 265; Bd. 98, S. 36.

lassungsklage des verletzten Gatten gegen den ehebrecherischen Gatten und dessen Teilnehmer verneint, weil nach § 172 StGB. auf Antrag des verletzten Gatten gegen den anderen Gatten und gegen den ehebrecherischen Dritten die öffentliche Strafverfolgung eintrete. Diese Begründung könnte das RG. heute selbst nicht mehr aufrechterhalten. Nach der Aufhebung des früheren VI. Zivilsenats hat der II. Zivilsenat diese Rechtsprechung verlassen[292]). Nach der neuen Praxis ist die Unterlassungsklage auch dann gegeben, wenn die zu untersagende Handlung unter öffentliche Strafe gestellt ist. Das Bestehen strafrechtlicher Normen dürfe den dadurch geschützten Rechtsträger in der Geltendmachung der ihm zustehenden zivilrechtlichen Rechtsbehelfe nicht behindern. Dieser veränderten Rechtsprechung des II. Senats ist auch durchaus zuzustimmen. Es kann keine Rede davon sein, daß dem privatrechtlichen Rechtsschutzbedürfnis durch die Existenz einschlägiger Strafdrohungen Genüge geschehen könnte. Es wäre verfehlt, in solchen Fällen dem Verletzten den zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch zu versagen und ihn auf den Weg der Strafanzeige oder der Privatklage zu verweisen. Damit wird das Verhältnis von Zivil- und Strafrecht überhaupt verkannt. Will sonach das RG. dabei beharren, die Zulässigkeit einer Klage auf Unterlassung ehebrecherischen Verkehrs ohne Rechtsirrtum zu verneinen, so wird es nach dieser Änderung der Rechtsprechung die hier vertretenen Rechtsschutzerwägungen zugrunde legen müssen.

Nach der hier vertretenen Ansicht steht dem Ehemann gegen den dritten Ehebrecher auch kein Anspruch auf Ersatz derjenigen Vermögensnachteile zu, die ihm erwachsen, wenn die Ehe auf Grund des Ehebruchs geschieden ist. Solche Vermögensnachteile liegen beispielsweise darin, daß die Frau nach der Scheidung das Hauswesen nicht mehr leitet (§ 1356, Abs. I), im Hauswesen oder im Geschäft des Mannes keine Dienste mehr leistet (§ 1356, Abs. II) und namentlich auch die Kinder nicht mehr beaufsichtigt, so daß der Mann für alle diese bisher von der Frau unentgeltlich versehenen Funktionen bezahlte Hilfskräfte einstellen muß. Es ist zweifellos mit dem sittlichen Empfinden unvereinbar, in solchen Fällen dem Mann Schadensersatzansprüche gegen den dritten Ehebrecher zu gewähren. Das RG. kommt bezüglich eines solchen Schadensersatzanspruchs des Mannes zu demselben Ergebnis, jedoch wiederum mit einer anderen Begrün-

292) Urteil vom 15. 2. 1927, Bd. 116, S. 151 ff.

dung[293]). Nach dem RG. beruht hier nämlich der Verlust der mit den Diensten der Frau verbundenen Vermögensvorteile auf dem freien Willen des Mannes, der die Scheidung der Ehe selbst herbeigeführt hat. Der Entschluß des Mannes sei zwar auf das ehewidrige Verhalten des anderen Teils und seines Mitschuldigen zurückzuführen; doch müsse dieser Entschluß im Rechtssinn als Ursache der für den Mann nachteiligen Vermögensverschiebung angesehen werden. Diese Entscheidung in ihrer konstruktiven Gezwungenheit im Verein mit der mitgeteilten Entscheidung über die Unzulässigkeit einer Klage auf Unterlassung ehebrecherischen Verkehrs, deren Begründung im Widerspruch mit der neueren Rechtsprechung steht, zeigt, daß das RG. hier die Problemstellung in ihrer Allgemeinheit nicht erkannt, vielmehr die in diesem Zusammenhang auftauchenden einzelnen Rechtsfragen ohne einheitliche Grundeinstellung von Fall zu Fall nach formalistischen Gesichtspunkten entschieden hat. Die Notwendigkeit einer grundsätzlichen Klärung dieser Frage lehrt aber besonders deutlich die vom RG. selbst im 116. Band erkannte Unzulänglichkeit der im 77. Band für die Klage auf Unterlassung ehebrecherischen Verkehrs gegebenen Begründung. Eine solche im Gesetz enthaltene prinzipielle Beurteilungsweise ist mit der hier vertretenen Ansicht gewährleistet. Demnach entfällt das Rechtsschutzinteresse für eine Schadensersatzklage des geschiedenen Ehemanns gegen den dritten Ehebrecher wegen der von der Frau unentgeltlich geleisteten Dienste deshalb, weil es nach gesunder sittlicher Lebensanschauung nicht anerkannt werden kann.

Nach ähnlichen Erwägungen beurteilt sich schließlich die Frage, ob der Ehemann, der gemäß § 1358 BGB. von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat, gegen den Arbeitgeber der Frau einen Anspruch auf Schadensersatz hat, wenn dieser trotz der erfolgten Kündigung die Tätigkeit der Frau weiterhin in Anspruch nimmt. Hier will Wieruszowski[294]) dem Mann einen Schadenersatzanspruch schlechthin gewähren, während v. Lilienthal[295]) annimmt, der Mann könne aus § 1358 BGB. selbständig gegen die Frau und den Dritten klagen. Die herrschende Lehre dagegen lehnt einen Anspruch des Mannes gegenüber dem Arbeitgeber der Frau überhaupt ab, sofern

293) Urteil vom 26. 10. 1909, RGZ. Bd. 72, S. 128 ff.
294) Vgl. Wieruszowski, a. a. O. 29 ff.
295) v. Lilienthal, a. a. O. S. 28 ff.

nicht die Voraussetzungen des § 826 BGB. vorliegen, d. h. der Arbeitgeber dem Mann in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt[296]). Der herrschenden Auslegung ist grundsätzlich zuzustimmen, da sie geeignet ist, zu den befriedigendsten Resultaten zu führen. Maßgebend muß hier natürlich der Einzelfall sein. Wenn die Frau aus freien Stücken der Kündigung des Mannes zuwider ihre Tätigkeit fortsetzt, so wird der Mann zwar gegen die Frau auf Herstellung des ehelichen Lebens klagen können. Dagegen fehlt es in solchen Fällen an den Voraussetzungen für eine Schadensersatzklage gegen den Arbeitgeber. Wenn dieser jedoch die Frau, welche die Kündigung beachten will, in doloser Weise zur Fortsetzung ihrer Arbeit zu bestimmen weiß, ihr etwa droht oder andere unlautere Mittel anwendet, so wird dem Mann in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zu gewähren sein. Auch ein Unterlassungsanspruch kann dem Mann gegen den Vertragspartner der Frau hier unter Umständen erwachsen. Wenn die Frau auf Grund der Kündigung des Mannes ihre Tätigkeit eingestellt hat, der Arbeitgeber aber ihr zusetzt, die Kündigung zu ignorieren und ihre Leistungen fortzusetzen, so greift er das mit absoluter Wirkung geschützte Recht des Mannes auf eheliche Lebensgemeinschaft an. In solchen Fällen wird daher dem Mann im Einklang mit den oben ausgeführten Grundsätzen die Unterlassungsklage gegen den Vertragspartner der Frau gewährt werden müssen.

296) Vgl. dazu Opet, Bem. 5; Staudinger, Bem. 8; Planck, Bem. 7; Meisner, Bem. 8, jeweils zu § 1358; ferner Wolff, § 31, VI; Dernburg, § 34, Anm. 12; sowie C. Strübe, „Das Kündigungsrecht des Ehemanns" in Gruchots Beiträgen zur Erl. des Bürgerlichen Rechts, Band 48, S. 295 ff.

Literaturverzeichnis.

I. Frühere Rechte.

A. Zum römischen und gemeinen Recht.

Jörs, Paul: Geschichte und System des römischen Privatrechts, in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft (Abt. Rechtswissenschaft) Berlin. 1927. (Herausgeber Kohlrausch und Kaskel.)
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen des römischen Privatrechts, 17. Aufl., 1924.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906 (3. Bd.).
Dernburg, System des römischen Rechts der Pandekten (II. Teil) 1912.

B. Zum deutschen Privatrecht.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1908.
Stobbe(-Lehmann), Handbuch des deutschen Privatrechts, 4. Bd., 3. Aufl., 1900.

C. Zum kanonischen Recht.

Leitner, Das Lehrbuch des katholischen Eherechts, 2. Aufl. 1912.
Hollweck, Das Zivilrecht des BGB., dargestellt im Lichte des kanonischen Eherechts. 1900.

D. Zum katholischen und protestantischen gemeinen Eherecht.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts (Leipzig 1903).

II. Materialien zum BGB. und zur ZPO.

E. I = Der von der I. Kommission ausgearbeitete Entwurf zum BGB.
E. II = Der von der II. Kommission ausgearbeitete Entwurf zum BGB.
BRB. = Entwurf eines BGB. in der Fassung der Bundesratsvorlage (1898).
Mot. IV = Motive zum Entwurf eines BGB. IV. Band (1888).
Prot. IV = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, IV. Band.
KB. = Bericht der Reichstagskommission (1896).
Sten.B. = Stenographischer Bericht des Reichstags (1896).
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. IV. Band.
Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, I. und II. Abteilung (Berlin 1880).

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 8. Band. Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung usw. (Berlin 1898).

III. Kommentare, Lehr- und Handbücher zum BGB. und zur ZPO.

Staudinger, Kommentar zum BGB. IV. Bd., I. und II. Teil, 1926.
Planck, Kommentar zum BGB., IV. Bd., I. und II. Hälfte, 1928.
RGR. Kommentar = Das BGB. erläutert von Reichsgerichtsräten, III. Bd. 1923.
Hölder(-Schmidt), Kommentar zum BGB., IV. Bd., 1. Abschnitt. 1907.
Meißner, Kommentar zum BGB. (Familienrecht) 1905.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, I. Band. (1900.)
Opet und v. Blume, Das Familienrecht, 1. Abschnitt: Bürgerliche Ehe, erl. von O. Opet.
Kuhlenbeck, Das BGB. für das Deutsche Reich, II. Bd. 1903. (2. Auflage.)
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Familienrecht, 2. Bd., 2. Abteilung, 1928 (zitiert: „Wolff").
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 8./9. Auflage, 1908.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, IV. Bd. (Deutsches Familienrecht) 1908.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, IV. Bd. 1908.
Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 7. Aufl., 1924.
Matthias, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 6./7. Aufl. 1924.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Bd., 1. Teil (Familienrecht) 1924.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, II. Bd. 1926.
Seuffert, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1910.
Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts (Leipzig, 1912/1919).
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts (Leipzig, 1903/1908).
Hellwig, Anspruch und Klagrecht (Jena, 1900).

IV. Werke verschiedenen Inhalts.

Smend, Rudolf: „Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform" (Festgabe für Kahl, 1923).
Derselbe: „Verfassung und Verfassungsrecht" (1928).
Rümelin, Max: „Die Gleichheit vor dem Gesetz" (Tübingen, J. C. B. Mohr, 1928).
Derselbe: „Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein", Rede. (Tübingen, 1926.)
Derselbe: „Gesetzgebung, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts" (drei Vorträge). Arch. ziv. Prax., Neue Folge, Bd. 2.
Derselbe: „Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB." Arch. ziv. Prax. Bd. 98, S. 329 ff.
Heck, Philipp: „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz" (Tübingen, J. C. B. Mohr, 1914).
Derselbe: „Grundriß des Schuldrechts" (Tübingen, J. C. B. Mohr, 1929).
Stammler: „Die Lehre vom richtigen Recht" (1902).
Derselbe: „Theorie der Rechtswissenschaft" (1911).

V. Einzelabhandlungen.

Roßbach: Untersuchungen über die römische Ehe.
Wetzel: „Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft" (Arch. bürgerl. Recht, Bd. 26, S. 54 ff.).
Hörle: „Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten (Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 31, S. 113 ff.).
Joerges: „Die eheliche Lebensgemeinschaft" (1912).
Neustadt: „Kritische Studien zum Familienrecht", Bd. I (1907).
Weber, Marianne: „Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung" (1907).
Gauß: „Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" (Tübinger Diss. 1910).
Hinschius: „Das Personenrecht der Ehegatten" (Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 74, S. 55 ff.).
Leonhard: „Das persönliche Eherecht des BGB." (Arch. für die praktische Rechtswissenschaft, 7. Bd., S. 223 ff.).
Scriba: „Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten" (Würzburger Diss. 1910).
Werner: „Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft in seiner prozessualen Durchführung" (Würzburger Diss. 1911).
Weinberg: „Der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens" (Rostocker Diss. 1912).
Zarden: „Die personenrechtliche Wirkung der Ehe und die Parteidisposition" (Leipziger Diss. 1909).
Breslauer: „Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe" (Göttinger Diss. 1914).
Sarantakis: „Die eheliche Lebensgemeinschaft" (Münchner Diss. 1919).
Müller, Heinrich: „Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" (Leipziger Diss. Maschinenschrift. 1920).
Rutenberg: „Der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens" (Leipziger Diss. Maschinenschrift. 1921).
Strübe, C.: „Das Kündigungsrecht des Ehemanns" (Gruchots Beiträge zur Erl. des bürgerlichen Rechts, Band 48, S. 295 ff.).
v. Lilienthal: „Das Kündigungsrecht des Ehemanns aus § 1358 BGB." (in Heft 28 der von R. Leonhard herausgegebenen Beiträge zur Erl. des bürgerlichen Rechts, Band 48, S. 295 ff.).
Scheppler, Fr.: „Die Alimentationspflicht der Ehegatten" (München 1909).
v. Seeler: „Glossen zur Praxis des Reichsgerichts" (Halle 1908).

VI. Zeitschriften.

JW. = Juristische Wochenschrift.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für praktische Rechtswissenschaft.
„Das Recht", herausgegeben von Lindemann und Soergel.
„Die Justiz", Organ des republikanischen Richterbunds. Herausgegeben von W. Kroner.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Bay.Z. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Jahrbücher der Württ. Rechtspflege, herausgegeben von Mitgliedern des Oberlandesgerichts Stuttgart.

VII. Entscheidungssammlungen.

RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
OLGE. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (herausgegeben von Mugdan und Falkmann).
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Bay.OLG. = Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
Rehbein: Entscheidungen des Preußischen Obertribunals.

VIII. Ausländische Rechte.

Zum französischen Recht:

Zivilgesetze der Gegenwart, herausgegeben von Heinsheimer u. a., I. Bd.: Frankreich, code civil.

Zum schweizerischen Recht:

Egger: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teil 2. Das Familienrecht. 1914.
Rümelin, M.: „Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns" (Rede). Tübingen. 1908; sowie
Rümelin, M.: Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch" (Jahrbuch für Gesetzgebung, 25. Jahrgang, III. Heft).

Zum österreichischen Recht:

Mayr, Robert: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 4. Buch. Familienrecht. 1922.

Zum sowjetrussischen Recht:

Zivilgesetze der Gegenwart, VI. Bd. „Das Zivilrecht in der Sowjetunion" (Freund).

Zum englischen Recht:

Leske und Löwenfeld: „Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr", Bd. 4.

Soweit weitere Literatur benützt wurde, ist sie in den Fußnoten angegeben.

Lebenslauf.

Am 5. Februar 1906 wurde ich in Berlin als Sohn des damaligen Oberleutnants, jetzigen Obersts a. D. Hans Erhard v. Marchtaler und seiner Frau Annie geb. Lienhardt geboren. Ich besuchte das Gymnasium in Ludwigsburg und das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium in Stuttgart. Im Frühjahr 1923 legte ich die Reifeprüfung ab. Vom Sommersemester 1923 bis Sommersemester 1927 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen, München und Freiburg. Im Spätjahr 1927 bestand ich die erste höhere Justizdienstprüfung in Tübingen.